Die prorogatio fori

Ihre Funktion als Zuständigkeitsgrund in den geltenden Vollstreckungsverträgen der Schweiz

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Heinz Haas

von Rohrbach (Bern)

Bern — Gedruckt bei Stämpfli & Cie. — 1943

Die prorogatio fori

Ihre Funktion als Zuständigkeitsgrund in den geltenden Vollstreckungsverträgen der Schweiz

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Heinz Haas

von Rohrbach (Bern)

Bern — Gedruckt bei Stämpfli & Cie. — 1943

Die Fakultät hat diese Arbeit am 19. November 1942 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Matti als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung zu nehmen.

Die gleiche Arbeit ist erschienen als

Heft 204

der

„Abhandlungen zum schweizerischen Recht", Neue Folge

begründet von † Prof. Dr. Max Gmür, herausgegeben von Dr. Theo Guhl, Professor der Rechte an der Universität Bern.

Bern — Stämpfli & Cie. — 1943

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis V

Abkürzungen VII

Erster Teil.

Dogmatisches. Schweizerisches Recht.

1. Abschnitt.

§ 1. Einführung. Der Begriff der Prorogation. 1

I. Zwingendes und nachgiebiges Recht im Zivilprozess

II. Der Begriff der Prorogation. 2

III. Geschichtliches. 3

IV. «Ausschliessliche» und «zwingende» Zuständigkeit . 4

2. Abschnitt.

Die Formen der Prorogation.

Vorbemerkung. 6

§ 2. Der Prorogationsvertrag (Zuständigkeitsvereinbarung) . 6

I. Der Prorogationsvertrag als Institut des Prozessrechts. Sein Anwendungsgebiet 6

II. Analoge Anwendung privatrechtlicher Normen. Rechtliche Selbständigkeit und Tragweite der Zuständigkeitsvereinbarung. Die Prorogationsklausel in den Statuten einer juristischen Person 14

III. Die Erwählung eines Domizils und die Bezeichnung eines Erfüllungsortes 18

IV. Der persönliche Geltungsbereich des Prorogationsvertrages 20

V. Die Rolle des Richters: keine Mitwirkung an der Zuständigkeitsbegründung; Zuständigkeit für die Beurteilung der Gültigkeit der Prorogation 25

VI. Die Ausschliesslichkeit der vereinbarten Zuständigkeit 27

§ 3. Die Einlassung auf den Rechtsstreit 31

I. Die Einlassung als selbständiger Zuständigkeitsgrund 31

II. Positive Formulierung des Einlassungstatbestandes in kantonalen Prozessgesetzen 35

Seite

III. Restitution der Unzuständigkeitseinrede 36
IV. Fortdauer der durch Einlassung begründeten Zuständigkeit in einem späteren Prozess 37

3. Abschnitt.

§ 4. Der Verzicht auf den durch Art. 59 der Bundesverfassung garantierten Wohnsitzgerichtsstand 37
I. Begriffliches 37
II. Querschnitt durch die bundesgerichtliche Praxis . . 41

Zweiter Teil.

Die prorogatio fori als Zuständigkeitsgrund in den Vollstreckungsverträgen.

§ 5. Allgemeine Vorbemerkungen 56
I. Die Prorogation im zwischenstaatlichen Verhältnis 56
II. Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung . . . 60
III. Vollstreckungsverträge 65
§ 6. Im Vertrag mit Frankreich 67
I. Die Ordnung der Zuständigkeit im Staatsvertrag . 67
II. Begründung gerichtlicher Zuständigkeit durch Parteiverhalten 73
III. Die Bedeutung der prorogatio fori für die Urteilsvollstreckung 90
§ 7. Im Vertrag mit Spanien 92
§ 8. Im Vertrag mit der Tschechoslowakei 95
§ 9. Im Abkommen mit Deutschland 97
I. Die Ordnung der Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung 97
II. Die auf Prorogation beruhende Zuständigkeit . . . 100
§ 10. Im Abkommen mit Italien 108
I. Die Ordnung der Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung 108
II. Die auf Prorogation beruhende Zuständigkeit . . . 110
§ 11. Im Abkommen mit Schweden 114
I. Die Ordnung der Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung 114
II. Die auf Prorogation beruhende Zuständigkeit . . . 115

Literaturverzeichnis.

Alexander: Die internationale Vollstreckung von Zivilurteilen. In ZBJV *67* 1 ff. (zitiert: Alexander).

— Zur Vollstreckung von französischen Zivilurteilen zwischen Franzosen, in ZBJV *69* 104 ff. (zitiert: Alexander, französische Zivilurteile).

von Bar: Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Auflage 1889.

Baudry-Lacantinerie et *Houques-Fourcade:* Traîté théorique et pratique de droit civil, 1907 (zitiert: Baudry-Lacantinerie).

Berliner: Vereinbarungen über den Gerichtsstand im internationalen Rechtsverkehr, 1936.

Blumenstein: Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 1911.

Burckhardt: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 1931 (zitiert: Burckhardt).

— Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927 (zitiert: Burckhardt, Organisation).

— Schweizerisches Bundesrecht, 1930/1931 (zitiert: Burckhardt, Bundesrecht).

Cattaneo: La Convenzione tra la Svizzera e l'Italia circa il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie, 1939.

Curti: Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich betreffend den Gerichtsstand und die Urteilsvollstreckung, 1879.

Deybeck: Der Gerichtsstand der Vereinbarung, 1888.

Escher: Neuere Probleme aus der Rechtsprechung zum französisch-schweizerischen Gerichtsstandsvertrag, 1937.

Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 15. Auflage, 1934.

Gradhandt: Die Zuständigkeitsvereinbarung, 1936.

Guhl: Das schweizerische Obligationenrecht, 2. Auflage, 1936.

Gysin: Der rechtsgeschäftliche Prinzipienstreit, in ZBJV 1929 193 ff.

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1903/1909.

Jaeger: Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 1911, mit Ergänzungsbänden.

Kohler: Gesammelte Beiträge zum Civilprozess, 1894.

Leresche: L'Exécution des jugements civils étrangers en Suisse et des jugements civils suisses dans quelques Etats étrangers, 1927.

Leuch: Die Zivi'prozessordnung für den Kanton Bern, 2. Auflage, 1937.
Liechti: Das Abkommen der Schweiz mit Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, 1934.
Matti: Zivilprozessrecht. In «Das Schweizer Recht» 1011 ff.
Merz: Die fünfte Haager Konferenz für internationales Privatrecht, 1927.
Morel: Traîté élémentaire de procédure civile, 1932.
Neuner: Internationale Zuständigkeit, 1929.
Nussbaum: Deutsches internationales Privatrecht, 1932.
Petitpierre: Les Conventions conclues par la Suisse avec l'Allemagne, l'Autriche et la Tchécoslovaquie concernant la reconnaissance des jugements civils, 1933.
Pillet: Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements, 1913.
Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, 1887.
Planiol et *Ripert:* Traité pratique de droit civil français, 1925.
Probst: Die Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in der Schweiz nach den geltenden Staatsverträgen, 1936.
Roguin: Conflits des Lois Suisses, 1891.
Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1929.
Schönke: Zivilprozessrecht, 1938.
Schurter-Fritzsche: Das Zivilprozessrecht des Bundes, 1924.
Stauffer: Die Verträge der Schweiz mit Österreich und mit der Tschechoslowakei über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, 1930 (zitiert: Stauffer).
— Die neuen Verträge der Schweiz über die Vollstreckung von Zivilurteilen, 1933 (zitiert: Stauffer, neue Verträge).
Storck: Das Abkommen der Schweiz mit Schweden über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen, 1938.
Verbeek: Die Staatsverträge über die Vollstreckung ausländischer Zivilurteile. In Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht *45* 1 ff.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1885.
Wetzell: System des ordentlichen Civilprozesses, 1878.
Wrede: Das Zivilprozessrecht Schwedens und Finnlands, 1924.

Abkürzungen.

AS = Amtliche Sammlung der eidgenössischen Gesetze und Verordnungen.
BBl = Schweizerisches Bundesblatt.
BG = Bundesgesetz.
BGE = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung.
BV = Bundesverfassung.
C c fr = Code civil (français).
Clunet = Journal du droit international, fondé par E. Clunet, continué par André-Prudhomme, 1875 ff.
C pr c fr = Code de procédure civile (français)
C pr c it = Codice di procedura civile (italiano).
Deutsche Rechtsprechung IPR = Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts (Sonderhefte der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht).
DZPO = Deutsche Zivilprozessordnung.
JZ = Schweizerische Juristenzeitung.
NAG = Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, vom 25. Juni 1891.
Niemeyer = Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht, 1890ff.
OR = Schweizerisches Obligationenrecht.
Pr = Die Praxis des Bundesgerichts, monatliche Berichte.
Revue critique = Revue critique de droit international.
RG = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
SchKG = Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.
Sem jud = Semaine judiciaire de Genève.
Verwaltungsentscheide = Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden.
ZBJV = Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZGB = Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
ZPO = Zivilprozessordnung.
ZR = Blätter für zürcherische Rechtsprechung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547621_0090

Erster Teil.

Dogmatisches. Schweizerisches Recht.

1. Abschnitt.

§ 1.

Einführung. Der Begriff der Prorogation.

I. Zwingendes und nachgiebiges Recht im Zivilprozess.

Während das Privatrecht die Domäne des nachgiebigen, nichtzwingenden Rechtes ist (die Begriffe «Privatrecht» und «nichtzwingendes Recht» decken sich nach einer wichtigen Lehrmeinung überhaupt)[1]), herrscht im Zivilprozess das zwingende Recht vor. Der heutige Staat lässt den Rechtssubjekten im allgemeinen Freiheit in der Schaffung und Gestaltung der privaten Rechtsverhältnisse; wo es sich aber um die urteilsmässige Feststellung der Rechtslage und die Zwangsvollstreckung handelt, begnügt er sich nicht damit, nachgiebige Normen aufzustellen, die von den Parteien beliebig beiseite geschoben werden können oder bloss gelten, wenn die Parteien nichts vereinbart haben. Eine rasche und zuverlässige Rechtspflege ist nur gewährleistet, wenn Gerichtsorganisation und Verfahren der Parteiwillkür entzogen sind.

Im Verfahrensrecht wird indessen das Prinzip des zwingenden Rechtes üblicherweise nicht lückenlos durchgeführt. So pflegen sich nachgiebige Rechtssätze zu finden in den Vorschriften über das Verfahren vor Schiedsgericht — was sich ohne weiteres rechtfertigt, wenn doch den Parteien schon die Befugnis zugestanden wird, einen Rechtsstreit den staatlichen Gerichten zu entziehen — und vor allem in der Zu-

[1]) Burckhardt, Organisation 27 ff., 39.

ständigkeitsordnung. Die Prozessgesetze verzichten im allgemeinen darauf, ein schlechthin unabänderliches Zuständigkeitssystem aufzustellen, und räumen den Parteien die Befugnis ein, durch ihr Verhalten unter besonderen Voraussetzungen und innerhalb gewisser Grenzen das zuständige Gericht selber zu bestimmen. Die Beeinflussung der Zuständigkeit[1]) durch Parteiverhalten nennt man Prorogation. Der Staat gestattet sie in der Einsicht, dass die Parteien in vielen Fällen ein erhebliches Interesse an der Wahl eines ihnen passenden Gerichtes haben können, ohne dass notwendigerweise ein öffentliches Interesse entgegenstände. Dazu kommt, dass sich aus der Zulassung der Prorogation die Möglichkeit ergibt, die Entstehung von Streitigkeiten über die Zuständigkeit sowie überflüssige Arbeitsleistung der Gerichte in gewissen Fällen zu verhindern, indem den Parteien entgegengehalten werden kann, sie selber hätten durch ihr Verhalten die Kompetenz festgelegt.

II. Der Begriff der Prorogation.

Prorogation bedeutet die *Begründung einer nach der allgemeinen gesetzlichen Ordnung nicht bestehenden* oder die *Aufhebung einer nach Gesetz bestehenden gerichtlichen Zuständigkeit durch Parteiverhalten*[2]). Der Gegensatz dazu ist die normale Anknüpfung der Zuständigkeit an einen im Gesetz umschriebenen *Sach*verhalt, beispielsweise: Wohnsitz des Beklagten, dingliche Natur der Streitsache, Streitwert, von einer Vorinstanz bereits beurteilte und besonders qualifizierte Streitsache.

Die Ausdrücke «Prorogation» und «*Gerichtsstandsvereinbarung*» sind nicht identisch. Prorogation ist der weitere Begriff; er umfasst die *Zuständigkeitsvereinbarung* (deren hauptsächlichste Spielart die Gerichtsstandsvereinbarung als

[1]) Im allgemeinen handelt es sich um die örtliche Zuständigkeit; die sachliche und funktionelle ist in der Regel zwingend geordnet. Über Einzelheiten und Ausnahmen vgl. unten 11 ff. und 35 f.

[2]) Direkt übersetzt, lässt sich der lateinische Ausdruck «prorogatio fori» etwa wiedergeben mit «Verschiebung des Gerichtsstandes».

Abrede über die örtliche Zuständigkeit ist) und die *Einlassung* des Beklagten auf eine vor unzuständigem Gericht erhobene Klage[1]). Die Formen der Prorogation werden in den §§ 2 und 3 systematisch behandelt.

Unter «gerichtlicher Zuständigkeit» ist ausschliesslich diejenige der *staatlichen* Zivilgerichte zu verstehen. Der *Schiedsvertrag*, durch welchen eine Streitigkeit den staatlichen Gerichten entzogen und einem Schiedsgericht unterbreitet wird, ist von der Prorogation zu unterscheiden und wird in dieser Arbeit nicht behandelt werden.

Der Zuständigkeitsgrund (bzw. Zuständigkeits-Ausschliessungsgrund) der Prorogation steht nicht ausserhalb der staatlichen Kompetenzordnung. Eine Beeinflussung der gerichtlichen Zuständigkeit durch das Verhalten der Parteien ist nur kraft des Gesetzes möglich und findet ihre Begrenzung im Gesetz. Wir kennen die Erscheinung aus dem Privatrecht: das Parteiverhalten, der Parteiwille erzeugt Rechtswirkungen nur, weil und soweit es das Gesetz zulässt. Insofern ist es bloss mit Vorbehalt richtig, wenn etwa gesagt wird, die Prorogation derogiere der staatlichen Zuständigkeitsordnung.

III. Geschichtliches.

Der Ausdruck «prorogatio fori» stammt nicht aus dem römischen Recht, das allerdings in der Litiskontestation ein verwandtes Institut besass, sondern aus dem Kirchenrecht[2]). Im mittelalterlichen deutschen Recht wäre eine Prorogation gar nicht denkbar gewesen, da es nur Sondergerichte für die einzelnen Rechtskreise — Landrecht, Stadtrecht, Lehn-

[1]) Die Terminologie in der Literatur ist allerdings nicht einheitlich. Gelegentlich werden die Worte «Gerichtsstandsvereinbarung» und «Prorogation» synonym gebraucht, was aber regelmässig nicht besagen will, dass unter den Begriff der Prorogation nicht auch andere Tatbestände fallen könnten. Die Einlassung des Beklagten wird hie und da als «Quasiprorogation» oder «fingierte Prorogation» bezeichnet, doch ist es systematisch vorzuziehen, den Begriff der Prorogation von vornherein so weit zu spannen, dass die Einlassung als echte Unterform erscheint.

[2]) Wetzell 480 N. 28; Hellwig *2* 275 und Zitate.

recht — gab und der Angehörige jedes Rechtskreises verpflichtet war, vor seinem Gericht Klage zu führen und sich zu verantworten. Das Gemeine Recht hingegen bildete die Begriffe der prorogatio de persona ad personam und der prorogatio de causa ad causam aus, kannte also eine Verschiebung der örtlichen und sachlichen Kompetenz, allerdings nur durch gerichtliche Unterwerfung; dabei konnte der Richter die Behandlung des Streitfalles ablehnen[1]). Das Institut der Prorogation ist in der Folge in die Partikulargesetzgebung Deutschlands eingegangen, wo es weitgehende Umbildung und Erweiterung erfuhr, und hat dann in der deutschen ZPO von 1877 Aufnahme gefunden. Für die historische Entwicklung in Deutschland kann im übrigen auf die Abhandlung des ungemein gründlichen Romanisten Deybeck verwiesen werden. Eine knappe Übersicht findet sich auch bei Berliner[2]).

Weitere historische Exkurse würden über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen.

IV. «Ausschliessliche» und «zwingende» Zuständigkeit.

Es ist an dieser Stelle kurz auf eine terminologische Frage hinzuweisen, die zu Unklarheiten Anlass geben kann.

Nach allen Gesetzen gibt es Zuständigkeitsnormen, die sich durch Prorogation nicht ausschalten lassen. Diese Normen werden üblicherweise, insbesondere nach deutschem Recht, als «ausschliesslich» bezeichnet[3]). In der Schweiz wird zwischen «zwingender» und «ausschliesslicher» gesetzlicher Zuständigkeit unterschieden[4]). Eine zwingende gesetzliche Zuständigkeit gestattet keine Prorogation, d. h. ein entsprechendes Parteiverhalten bleibt wirkungslos, und der Richter hat seine Unzuständigkeit von Amtes wegen oder auf Einrede in jedem Verfahrensstadium zu berücksichtigen. Ausschliessliche (örtliche) Zuständigkeit bedeutet dagegen,

---

[1]) Deybeck 5 ff.
[2]) 22 f.
[3]) Vgl. § 40 DZPO; Nussbaum 402.
[4]) Matti 1049 ff.; Leuch, N. 2 zu Art. 28.

dass nur der allgemeine Wohnsitzgerichtsstand ausser Geltung gesetzt wird; es gibt ausschliessliche Gerichtsstände, die zwingend, und andere, die nicht zwingend sind[1]).

Im internationalen Zivilprozessrecht, namentlich im Vollstreckungsrecht, ist viel von «ausschliesslicher Gerichtsbarkeit» (oder «ausschliesslicher Zuständigkeit der Gerichte» eines Staates) die Rede. Der Ausdruck will besagen, dass die Gerichtsbarkeit einem Staat unter Ausschluss aller andern Staaten zukommt. Wollte man die schweizerische Terminologie hier analog zur Anwendung bringen, so müsste zwischen «ausschliesslicher» und «zwingender», d. h. durch Parteiverhalten nicht zu eliminierender Gerichtsbarkeit unterschieden werden. Tatsächlich wird dies nicht getan. Staatsverträge, Gerichtspraxis und Abhandlungen sprechen durchwegs nur von «ausschliesslicher Gerichtsbarkeit» bzw. «ausschliesslicher Zuständigkeit der Gerichte», wobei in der Regel, aber nicht immer, an zwingende Normen gedacht ist[2]); die wichtigste Ausnahme bedeutet die von der Schweiz gestützt auf Art. 59 BV beanspruchte «ausschliessliche Gerichtsbarkeit», die kraft Verzichtes des Beklagten dahinfallen kann[3]). Diesen einfachen Sprachgebrauch werden sich auch die folgenden Ausführungen zu eigen machen.

---

[1]) Nach bernischem Recht ist z. B. der ausschliessliche Gerichtsstand der gelegenen unbeweglichen Sache zwingend (Art. 29 ZPO). Dagegen ist der bundesrechtliche Gerichtsstand der Erbschaft (Art. 538 ZGB) zwar ausschliesslich, aber nicht zwingend.

[2]) In Anlehnung daran wird gelegentlich auch ein einzelner schweizerischer Gerichtsstand, der kraft Prorogation an ein ausländisches Gericht dahinfallen kann, als «nicht ausschliesslich» bezeichnet, trotzdem er im internen schweizerischen Recht als ausschliesslich, wenn auch nicht zwingend qualifiziert werden müsste: so namentlich der Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes des Erblassers (vgl. JZ *31* 160; ZR *34* Nr. 64; Probst 59). Hier wäre es vorzuziehen, der schweizerischen Terminologie zu folgen.

[3]) Vgl. insbesondere § 4; Alexander 10. Als gutes Beispiel können ferner Art. 1 und 2 des Vertrages zwischen der Schweiz und der tschechoslowakischen Republik über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, vom 21. Dezember 1926, zitiert werden.

2. Abschnitt.

Die Formen der Prorogation.

Vorbemerkung.

Der zweite Abschnitt (§§ 2 und 3) handelt nur von Fragen des Prozessrechts. Trotzdem wird bei der Untersuchung des Parteiverhaltens, an welches sich die Rechtsfolge einer Verschiebung der gerichtlichen Zuständigkeit knüpft, immer wieder auf die Praxis des Bundesgerichts zu Art. 59 BV verwiesen werden. Man könnte darin auf den ersten Blick einen Fehler sehen, da ja die Rechtsprechung des Bundesgerichts sich auf dem Gebiet des Staatsrechts bewegt. Der Widerspruch ist jedoch nur ein scheinbarer; zur Erklärung sei auf § 4 I verwiesen.

§ 2.

Der Prorogationsvertrag (Zuständigkeitsvereinbarung).

I. Der Prorogationsvertrag als Institut des Prozessrechts. Sein Anwendungsgebiet.

1. *a)* Der *Prorogationsvertrag* oder die *Zuständigkeitsvereinbarung* ist eine Abrede der Parteien, worin diese sich für bestimmte, bereits aktuell gewordene oder doch nach Natur und Bedeutung voraussehbare zivilrechtliche Streitigkeiten einem gemäss Gesetz nicht zuständigen staatlichen Gericht[1]) unterwerfen oder die kraft Gesetzes bestehende

[1]) Nicht einem Schiedsgericht; der Prorogationsvertrag ist vom Schiedsvertrag zu unterscheiden (s. oben 3). Immerhin kann es vorkommen, dass in einem Schiedsvertrag auch eine Prorogation enthalten ist: nämlich bezüglich solcher Streitigkeiten, die sich wegen der Ernennung der Schiedsrichter entwickeln. So hat das Bundesgericht eine Schiedsklausel ausgelegt, die besagte, die Schiedsrichter würden «conformément à la loi» ernannt (vgl. BGE *33*[1] 745; im gleichen Sinne *41*[1] 275, *43*[1] 52). Man kann sich allerdings fragen, ob das Bundesgericht sich in seiner Praxis zu Art. 59 BV überhaupt mit derlei Streitigkeiten befassen sollte, weil sie nach moderner Auffassung kaum «persönliche Ansprachen» darstellen. Vgl. Leuch, N. 4 zu Art. 383; ferner BGE *41*[2] 536; *64*[1] 186.

Zuständigkeit eines Gerichtes ausschliessen. An diese Abmachung knüpft sich nach Massgabe des Prozessgesetzes die *Rechtsfolge*, dass das bezeichnete Gericht *zuständig wird* [1]), bzw. dass die gesetzliche Zuständigkeit eines oder mehrerer Gerichte *entfällt*.

Eine Vereinbarung kann zuständigkeitsbegründend und -ausschliessend zugleich sein: dann nämlich, wenn die Parteien sich einem gesetzlich nicht zuständigen Gericht unterwerfen und gleichzeitig das von Gesetzes wegen zuständige Gericht ausschliessen [2]). Darüber hauptsächlich in VI.

Die rein negative (ausschliessende) Vereinbarung besteht inhaltlich darin, dass die Parteien dem Kläger ein nach Gesetz bestehendes Recht der Wahl zwischen mehreren Gerichten [3]) entziehen und ihn auf ein einziges Gericht verweisen [4]). Eine besondere Besprechung dieser Spielart wird sich erübrigen. Äusserlich stimmt sie mit der Grund- und Hauptform des Prorogationsvertrages, der auf Begründung einer gerichtlichen Zuständigkeit abzielenden Vereinbarung [5]) überein, indem auch sie ein Gericht als zuständig bezeichnet (nur dass dieses die Kompetenz schon nach Gesetz besitzt). Die zuständigkeitsausschliessende Wirkung ist vor allem von Interesse, wo sie sich mit der Zuständigkeitsbegründung verbindet, und wird daher in jenem Zusammenhang zu betrachten sein.

Unter «Prorogationsvertrag» oder «Zuständigkeitsvereinbarung» wird daher in den folgenden Ausführungen die *Beilegung der Zuständigkeit* an ein unzuständiges Gericht durch gegenseitige Willenserklärung der Parteien — die als Neben-

[1]) Es kann nur das Gericht als solches zuständig werden, nicht aber bloss eine Kammer oder Unterabteilung. Der Vertrag begründet Zuständigkeit, aber auf die interne Geschäftsverteilung bleibt er ohne Einfluss. Gradhandt 33.

[2]) Berliner 1.

[3]) Vgl. als Beispiel Art. 29 der bern. ZPO.

[4]) Gaupp-Stein-Jonas, § 38 II 2; Berliner 9.

[5]) Berliner 49.

wirkung den Ausschluss einer bestehenden Zuständigkeit nach sich ziehen kann — verstanden.

b) Die herrschende Lehre und mit ihr das Bundesgericht bezeichnen die Zuständigkeitsvereinbarung zutreffend als *prozessrechtlichen Vertrag*, weil sie vom Zivilprozess normiert wird und ihre Wirkungen auf dem Gebiet des Prozesses liegen[1]). Es handelt sich um einen der seltenen Fälle, wo im Bereich des öffentlichen Rechts ein echter Vertrag nach dem Vorbild des privaten Rechtsgeschäftes überhaupt möglich ist. Wenn aber die meisten deutschen Autoren[2]) folgern, der Prorogationsvertrag stelle, weil dem Prozessrecht unterstehend, eine Prozesshandlung dar, so kann ihnen darin wohl nicht beigestimmt werden[3]). Freilich mag es zur Seltenheit einmal vorkommen, dass ein Prorogationsvertrag erst nach Anhängigwerden der Klage abgeschlossen wird (vgl. unten 10), aber das ist ein Zufall. Regelmässig steht im Augenblick des Abschlusses noch gar nicht fest, es soll sogar die unerwünschte Ausnahme sein, dass überhaupt ein Rechtsstreit zwischen den Parteien notwendig wird. In allen diesen Fällen ist die Zuständigkeitsvereinbarung durchaus unabhängig von einem konkreten Prozess. Sie begründet eine zunächst gleichsam im Raume schwebende, erst bei Anhebung des Rechtsstreites wirksam werdende Zuständigkeit, genau wie eine Norm des Prozessgesetzes. Durch die vom Gesetz gebilligte und mit Wirksamkeit ausgestattete Abrede setzen die Parteien im gegebenen Rahmen selber Recht, wie dies ja bei jedem Rechtsgeschäft zutrifft[4]). Dagegen steht eine Prozesshandlung

---

[1]) Siehe statt mehrerer Entscheide BGE *62*[1] 233. Als Beispiele aus der Literatur Leuch, N. 1 zu Art. 27; Gaupp-Stein-Jonas, § 38 II 1 *c*.

[2]) Siehe z. B. Gaupp-Stein-Jonas, § 38 II 1 *c*; Hellwig *2* 277; Wach *1* 502; Plank *1* 80; Gradhandt 38; a. M. Rosenberg 92.

[3]) Das ist auch aus einer Bemerkung Burckhardts (560) zu folgern, der nicht die Prozessfähigkeit, sondern die Handlungs- und Verfügungsfähigkeit der Parteien als Voraussetzung für den Abschluss einer Zuständigkeitsvereinbarung bezeichnet.

[4]) Burckhardt, Organisation 2.

als Handlung einer Partei oder des Gerichtes, die der Vorbereitung, Begründung, Leitung, Führung oder Beendigung eines Prozesses dient[1]), auf der Stufe der blossen Rechts*anwendung*. Sie ist der Prorogation, welche als rechtsetzender Akt die Zuständigkeit des Gerichts begründet, in der Hierarchie der Normen untergeordnet.

c) Die Vereinbarung kann ein bestimmtes Gericht bezeichnen, dem Zuständigkeit beigelegt wird, doch kommt sie ebenso häufig in der Form vor, dass nur die Gerichte eines *Ortes* zuständig erklärt werden; in diesem Falle bedarf die Abrede der Ergänzung durch das am betreffenden Orte geltende Prozessgestz, dem zu entnehmen ist, welches oder welche Gerichte mit der Klage angerufen werden können. Ob eine Vereinbarung, durch welche die Parteien sich einfach den Gerichten eines *Staates* unterwerfen, noch als Prorogation bezeichnet werden soll, kann dahingestellt bleiben. Durch eine derartige Abrede findet streng genommen nur eine Übertragung der *Gerichtsbarkeit* statt, während für die Zuständigkeit allein das Prozessgesetz des «prorogierten Staates» Regel macht. An der Gültigkeit und Wirksamkeit einer derartigen «Gerichtsbarkeitsvereinbarung» möchte ich jedenfalls nicht zweifeln, vorausgesetzt, dass der Staat, der die Gerichtsbarkeit abgeben muss, die echte Zuständigkeitsvereinbarung auf ein ausländisches Gericht zulässt (denn in einer solchen ist auch die Übertragung der Gerichtsbarkeit enthalten[2]). Der Einwand, eine «generelle Prorogation der Gerichtsbarkeit» ermangle der Bestimmbarkeit des zuständigen Gerichtes[3]), scheint mir nicht stichhaltig, denn die Zuständigkeit wird sich eben nach dem Prozessgesetz des angerufenen Staates bestimmen lassen.

d) Es kann vorkommen, dass das durch Vereinbarung zuständig erklärte Gericht mit dem gesetzlich zuständigen

---

[1]) Schönke 104.

[2]) Nussbaum 403; vgl. auch Niemeyer 1934 94 (Urteil des Reichsarbeitsgerichtes vom 10. Mai 1933).

[3]) Berliner 57.

identisch ist. Trotzdem mag die Vereinbarung ihren guten Sinn haben, indem sie die Zuständigkeit endgültig fixiert. Diese bleibt dann auch bestehen, wenn der Tatbestand, an den das Gesetz anknüpfte, dahinfällt, z. B. wenn der Beklagte seinen Wohnsitz wechselt[1]). Ferner wird eine solche Abrede praktisch wirksam, wenn sie auf ein ausländisches Gericht lautet, dessen Zuständigkeit zwar nach seinem Landesrecht gegeben ist, jedoch mit Art. 59 BV in Widerspruch steht (vgl. § 4).

e) Begrifflich ist es gleichgültig, ob die Abrede vor oder nach Erhebung der Klage getroffen werde[2]). Trifft das letztere zu, so greift jedoch eine gewisse Einschränkung Platz, falls es sich um eine Gerichtsstandsvereinbarung (Verschiebung der örtlichen Zuständigkeit, also die weitaus häufigste Anwendungsform) handelt. Die Abrede ist dann nur wirksam, wenn sie darauf abzielt, das mit der Klage befasste, nach Gesetz unzuständige Gericht zuständig zu erklären. War umgekehrt die Zuständigkeit des Gerichtes von Gesetzes wegen oder kraft einer früheren Vereinbarung begründet, so ist es nicht möglich, dieses Gericht durch Vereinbarung nach Anhängigwerden des Rechtsstreites unzuständig zu erklären und den Streit einer anderen Instanz zu unterbreiten. Es folgt dies aus dem anerkannten Satze dass es zwar genügt, wenn das Gericht erst im Zeitpunkt des Urteils örtlich zuständig ist (womit alles geheilt ist, was vorher von oder vor dem unzuständigen Gericht geschah)[3]), dass aber umgekehrt die bei Begründung der Rechtshängigkeit bestehende örtliche Zuständigkeit durch nachträgliche Veränderung der Voraussetzungen nicht wieder verloren gehen kann[4]).

2. Eine Vereinbarung, durch welche die Parteien sich bezüglich sämtlicher in Zukunft zwischen ihnen entstehenden

---

[1]) Berliner 13.
[2]) Gaupp-Stein-Jonas, § 38 II 1 *b*.
[3]) Hellwig *2* 279.
[4]) Leuch, N. vor Art. 20; N. 1 zu Art. 160.

Streitigkeiten einem bestimmten Gericht unterwürfen, würde gegen die guten Sitten verstossen, da sie als allzu weitgehende Beschränkung der persönlichen Freiheit betrachtet werden müsste [1]). Die Grenze der erlaubten Freiheitsbeschränkung ist hier derart zu ziehen, dass Zuständigkeitsvereinbarungen bezüglich aller bereits wirklich gewordenen sowie der nach ihrer Natur und Bedeutung voraussehbaren Streitigkeiten zugelassen werden. «Nach Natur und Bedeutung voraussehbar» sind namentlich Streitsachen, die auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft oder auf bestimmte beim Vertragsschluss bekannte tatsächliche oder rechtliche Beziehungen zurückgehen [2]).

Im übrigen ist es Sache der Prozessgesetze oder Staatsverträge, in genereller Weise die Streitsachen zu umschreiben, die durch Zuständigkeitsvereinbarung einem andern als dem gesetzlich zuständigen Richter unterbreitet werden dürfen. Begrifflich sind Prorogationen auf dem Gebiet der örtlichen wie der sachlichen oder funktionellen Zuständigkeit möglich. Kein Gesetz wird aber so weit gehen, dass es sie ohne Einschränkung zulässt; ein gewisser Grundstock von Zuständigkeitsnormen wird immer über der Parteiwillkür stehen. Die Umschreibung des Anwendungsgebietes der Zuständigkeitsvereinbarung kann so erfolgen, dass bestimmte Zuständigkeiten vom Gesetz ausdrücklich als zwingend bezeichnet werden, oder in der Weise, dass das Gesetz positiv sagt, bezüglich welcher Streitigkeiten es die Prorogation gestattet. Beide Methoden finden sich häufig kombiniert.

Im Zivilprozessrecht der schweizerischen Kantone ist die sachliche und funktionelle Zuständigkeit mit verhält-

---

[1]) Neuner 37; v. Bar *2* 447; Berliner 56.

[2]) Burckhardt 560. Als zulässig ist beispielsweise die Zuständigkeitsvereinbarung zu betrachten, die zwischen Kaufleuten bei Beginn einer Geschäftsverbindung bezüglich der aus dieser Verbindung entstehenden Streitigkeiten getroffen wird. Berliner 56. Das Obergericht des Kantons Zürich will dies allerdings nur gelten lassen, wenn zwischen den Parteien ein laufender Geschäftsverkehr besteht (vgl. ZR *32* Nr. 27).

nismässig wenigen Ausnahmen zwingend geordnet. Derartige Ausnahmen erscheinen beispielsweise in den Prozessordnungen von Zürich (§ 114), Bern (Art. 4), Uri (Art. 26), Schwyz (§ 11), Glarus (§ 18), Basel-Land (§§ 11, 34), Fribourg (§ 5), Appenzell A.-Rh. (Art. 26), Neuenburg (Art. 17 des Gerichtsorganisationsgesetzes), Graubünden (Art. 32), St. Gallen (Art. 58); es wird dort vorgesehen, dass die Parteien durch Vereinbarung Streitsachen vor ein vom Gesetz bezeichnetes, nach der allgemeinen sachlichen oder funktionellen Kompetenzordnung nicht zuständiges Gericht bringen dürfen (vorwiegend handelt es sich um direkte Anrufung der Appellationsinstanz in berufungsfähigen oder doch appellablen Prozessen). Auf dem Gebiet der örtlichen Zuständigkeit dagegen — das für unsere Materie weit wichtiger ist — befinden sich die zwingenden Gerichtsstände (so etwa der Gerichtsstand der gelegenen Sache bei dinglichen oder Besitzesklagen, deren Objekt ein Grundstück ist)[1] regelmässig in der Minderheit. Positiv sagen gewisse Kantone, die Verschiebung der örtlichen Zuständigkeit durch Gerichtsstandsvereinbarung sei nur in Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur[2] oder bezüglich der Erfüllung von Verträgen[3] gestattet; andere formulieren ausdrücklich den Grundsatz, dass die Vereinbarung nur hinsichtlich eines bestimmten Rechtsverhältnisses getroffen werden kann[4].

Was die vom Bund aufgestellten Gerichtsstandsnormen betrifft, so würde es zu weit führen, sie alle auf ihre zwingende oder nichtzwingende Natur zu untersuchen. Besonders zu erwähnen sind zwei praktisch wichtige Gruppen, nämlich die Gerichtsstände des ZGB und des SchKG. Aus dem ZGB lassen einer Prorogation keinen Raum: Art. 111 (Eheeinspruchsklage), Art. 136 (Eheungültigkeitsklage), Art. 144 (Ehescheidungsklage), Art. 262 (Anfechtung der gericht-

[1]) Vgl. Art. 29 bern. ZPO.
[2]) So Basel-Land (§ 33) und Aargau (§ 13).
[3]) Z. B. Bern (Art. 27), Uri (Art. 36), Zug (§ 2).
[4]) Solothurn (§ 21), Basel-Stadt (§ 11).

lichen Ehelicherklärung[1]); allerdings werden hier zwei Gerichtsstände wahlweise zur Verfügung gestellt, aber darüber hinaus ist keine Prorogation möglich), Art. 305 (Klage auf Abweisung des gegen eine Kindesanerkennung gerichteten Einspruchs), Art. 306 (Anfechtung der Kindesanerkennung), Art. 329 (Geltendmachung der Familienunterstützungspflicht). Nicht zwingend sind dagegen die Gerichtsstände der Vaterschaftsklage (Art. 312) und der Klagen in Erbschaftssachen (Art. 538)[2]). Nach SchKG wird die örtliche Zuständigkeit zwingend geregelt für gewisse formell betreibungsrechtliche Klagen, die am Orte der Betreibung bzw. des Konkurses anzuheben sind: vgl. Art. 148, 157, 250 (Kollokationsklage) und Art. 273 (arrestliche Schadenersatzklage). Nicht ausdrücklich schreibt das Gesetz den Gerichtsstand des Betreibungsortes in Art. 111 (Anschlussklage) vor; die herrschende Auffassung nimmt jedoch wegen der Natur dieser Klage an, sie könne einzig am Betreibungsort eingereicht werden[3]). Was die Aberkennungsklage betrifft, hat das Bundesgericht in neuester Zeit entschieden, Art. 83 SchKG begründe keinen zwingenden Gerichtsstand[4]). Früher neigte die Praxis zur gegenteiligen Auffassung.

Wie die Vollstreckungsverträge das Anwendungsgebiet der Zuständigkeitsvereinbarung umschreiben, wird unten im 2. Teil zu untersuchen sein.

---

[1]) Dagegen enthält Art. 253, der von der Anfechtung der Ehelichkeit handelt, keine Bestimmung des Gerichtsstandes. Die kantonalen Prozessgesetze machen hier Regel. Vorbehalten bleibt jedoch die Abgrenzung der kantonalen Gerichtsbarkeit durch Art. 8 NAG, welche als zwingend zu betrachten ist (BGE *55*[2] 324); im interkantonalen Verhältnis gibt es hier somit von Bundesrechts wegen ebenfalls keine Prorogation.

[2]) Schurter-Fritzsche 461 ff.; Leuch, N. 2 zu Art. 28; JZ *31* 87.

[3]) Vgl. Blumenstein 416; Jaeger, N. 17 zu Art. 111; Schurter-Fritzsche 474.

[4]) BGE *68*[3] 166.

II. Analoge Anwendung privatrechtlicher Normen. Rechtliche Selbständigkeit und Tragweite der Zuständigkeitsvereinbarung. Die Prorogationsklausel in den Statuten einer juristischen Person.

1. Im Prozessgesetz oder Staatsvertrag fehlt regelmässig der Raum zu einer auch nur annähernd abschliessenden Normierung des Prorogationsvertrages. Das schadet indessen nichts; seine nahe Verwandtschaft mit den Verträgen des Privatrechts erlaubt ohne weiteres, die dort geltenden Regeln *analog* anzuwenden, natürlich immer nur so weit, als wirklich das *Prozessgesetz* oder ein Staatsvertrag nichts Abweichendes statuiert[1]). In der Schweiz ist somit, neben den Normen des Zivilgesetzbuchs über die Handlungsfähigkeit, das Bundesgesetz über das *Obligationenrecht* heranzuziehen.

Analog anwendbar sind insbesondere die Vorschriften betreffend die *Übereinstimmung der Willensäusserungen*[2]), die *Form* der Verträge[3]) und die Anfechtung wegen *Willensmängeln*[4]), wobei namentlich, obgleich seit dem Bundesgesetz über die Handelsreisenden von 1930 die Gefahr sich verringert hat, an jenen Fall des Irrtums zu denken ist, wo die betreffende Partei sich gar nicht bewusst war, was sie da für einen Vertrag abschliesse (Art. 24 Ziff. 1 OR)[5]). Wie jedoch Leuch[6]) richtig ausführt, setzt gerade das Prozessrecht der Anfechtung wegen Willensmängeln gewisse Schranken; der Kläger kann nicht mehr anfechten, wenn er seine Klage anhängig gemacht hat, denn darin liegt eine Geneh-

[1]) Siehe Leuch, N. 1 zu Art. 27.

[2]) Was besagen will, dass bezüglich der Auslegung der Willensäusserungen die im OR anerkannte Vertrauens- oder Äusserungstheorie gilt.

[3]) In Ermangelung von Formvorschriften des Prozessrechts gilt das Prinzip der Formlosigkeit.

[4]) Siehe z. B. BGE *36*[1] 589, *45*[1] 47; ZBJV *49* 519; in allen drei Urteilen ist allerdings Obligationenrecht direkt angewendet worden.

[5]) Gelegentlich liegt der Grund darin, dass eine Partei die Sprache, in welcher der Vertrag abgefasst ist, nur ungenügend kennt. Vgl. BGE *36*[1] 589 und unten § 4 II.

[6]) N. 1 zu Art. 27.

migung des Vertrages[1]), und für den Beklagten erlischt das Anfechtungsrecht mit dem Augenblick, da er sich materiell auf den Prozess einlässt, weil die Einlassung selber ein Zuständigkeitsgrund ist[2]).

Bedingungen und *Befristungen* des Prorogationsvertrages sind als zulässig zu betrachten, mit den Wirkungen, die das Obligationenrecht solchen Klauseln gibt[3]). *Nichtigkeit* des Vertrages kann sich aus Art. 20 OR herleiten. Ein Verstoss gegen die guten Sitten wird insbesondere bei einer internationalen Prorogation dann anzunehmen sein, wenn diese von der wirtschaftlich stärkeren Partei dem Zwecke dienstbar gemacht wird, der Gegenpartei die Rechtsverfolgung übermässig zu erschweren oder gar praktisch zu verunmöglichen[4]). In solchen Fällen dürfte es allerdings, sofern die benachteiligte Partei als Kläger auftritt, genügen, die Vereinbarung nur soweit als nichtig zu behandeln, als sie die Zuständigkeit der einheimischen Gerichte ausschliesst; sie schafft dann einfach einen blossen Wahlgerichtsstand. Mit einem widerrechtlichen Inhalt des Vertrages hat man es beispielsweise zu tun, wenn der Gerichtsstand zur Umgehung des inländischen Gesetzes ins Ausland verlegt wird[5]). Unmöglichkeit des Inhaltes der Vereinbarung mag sich daraus ergeben, dass infolge von Kriegsereignissen die Rechtspflege am Sitz des prorogierten Gerichtes zum Stillstand gekommen ist. Zur Frage der Anwendung der «clausula rebus sic stantibus» vgl. im übrigen Berliner 65 und Zitate.

Dass die vertragliche Prorogation durch einen Vertrag wieder aufgehoben werden kann, ist nicht bestritten[6]). Fragen kann es sich jedoch, ob eine formlose Aufhebung in analoger Anwendung von Art. 115 OR auch in den Fällen möglich ist, wo das Gesetz die Gültigkeit der Prorogation

[1]) Art. 31 OR; die Frist dieses Artikels ist überhaupt zu beachten.
[2]) Vgl. aber die abweichende Regelung in Art. 38 C pr c it.
[3]) Gradhandt 48 ff.
[4]) Berliner 54 f.; Clunet 1899 418, 1904 453.
[5]) Berliner 55.
[6]) Deybeck 90.

von der Beobachtung einer bestimmten Form abhängig macht (wie die bernische ZPO). Die Lage ist etwas anders als im Obligationenrecht. Es gibt bei einer Prorogation nicht einfach einen Berechtigten und einen Verpflichteten, welch letzterem die formlose Aufhebung der privatrechtlichen Forderung im allgemeinen dienen soll. Da jedoch regelmässig die Prorogation für die eine Partei, meist die wirtschaftlich schwächere, eine Belastung bedeutet (Prozedieren an fremdem Orte ist mit Mühe und Kosten verbunden), und da andrerseits vom Standpunkt der öffentlichen Ordnung kein Interesse vorhanden ist, Vereinbarungen über die Zuständigkeit fortbestehen zu lassen, welche die Parteien selber aufzugeben wünschen, ist die Aufhebung einer Prorogation durch formlose Übereinkunft auch dort als zulässig zu betrachten, wo für den Abschluss des Vertrages eine bestimmte Form beobachtet werden muss. Durch die Aufhebung wird eo ipso die gesetzliche dispositive Zuständigkeitsnorm wieder wirksam. Wer Aufhebung behauptet, hat den Beweis dafür zu erbringen.

Nicht um eine «vertragliche Aufhebung» oder einen «Verzicht», sich auf die Prorogation zu berufen, handelt es sich, wenn der Beklagte sich vor einem andern als dem prorogierten Richter auf eine Klage einlässt (s. unten § 3).

2. Die Zuständigkeitsvereinbarung kommt als isolierter Vertrag nur ausnahmsweise vor. Weil das materielle Rechtsverhältnis, auf das sie sich bezieht, regelmässig ein Vertrag ist — obschon es begrifflich ebensogut eine Delikts- oder Bereicherungsobligation sein könnte —, pflegen die Parteien sie in Form einer blossen *Klausel* diesem Vertrag gleich beizufügen.

Ob die Abrede aber isoliert auftrete oder äusserlich als blosser Teil eines zivilen Rechtsgeschäfts erscheine, immer behält sie ihre juristische Selbständigkeit als prozessrechtlicher Vertrag[1]). Demzufolge hat sie unter allen Umständen

[1]) Das Bundesgericht ist von seiner ursprünglichen Ansicht (Pr IV 87), worin ihm der bernische Appellationshof gefolgt ist (ZBJV 57 33), dass nämlich die Prorogationsklausel ein Nebenrecht

ihre eigenen Entstehungs-, Untergangs-, Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe, die auf den materiellen Vertrag ebenfalls zutreffen können, aber nicht müssen. Dies zeigt sich besonders deutlich im Falle der Nichtigkeit des materiellen Vertrages oder bei dessen Anfechtung wegen Willensmängeln. Unverbindlichkeit des Hauptvertrages zieht nicht eo ipso diejenige der Prorogation nach sich. Der prorogierte Richter ist im Zweifel, d. h. mangels einer ausdrücklichen oder unzweideutigen anderen Einschränkung der Zuständigkeitsvereinbarung, gerade auch zur Entscheidung über Gültigkeit oder Ungültigkeit des Hauptvertrages (nicht nur über Streitigkeiten bezüglich dessen Erfüllung) zuständig; dadurch, dass er den Hauptvertrag als ungültig bezeichnet, fällt seine Zuständigkeit nicht dahin[1]). Umgekehrt berührt regelmässig die Ungültigkeit des Prorogationsvertrages die materiellen Abreden nicht, es wäre denn, man müsste annehmen, ohne die Prorogation hätten die Parteien sachlich gar nicht oder anders disponieren wollen.

Ihrer grundsätzlichen Selbständigkeit wegen ist die Prorogationsabrede vom zivilen Rechtsgeschäft, auf das sie sich (regelmässig) bezieht, auch bezüglich der *Form* unabhängig. Wo das Prozessrecht keine Vorschriften aufstellt, wie bei-

---

im Sinne von Art. 170 OR begründe, mit Recht wieder abgegangen (BGE *56*[1] 509). Es sprach im letztgenannten Entscheide farblos von einer «prozessualischen Eigenschaft der Forderung», was an eine innere Abhängigkeit der Prorogation vom materiellen Rechtsverhältnis denken liess. In *59*[1] 224 ist das Gericht dann endlich zur klaren Formulierung gelangt. Eindeutig ist das Prinzip wiederum in *62*[1] 233 und in *64*[1] 42 ausgesprochen.

[1]) Vgl. BGE *59*[1] 224, *62*[1] 233, *64*[1] 42; RG *87* 8; Leuch, N. 1 zu Art. 27; Gaupp-Stein-Jonas, § 38 II 1 *e*; Kohler 278; Gradhandt 54, der allerdings nur einen Vertrag mit materiellem und prozessualem Inhalt annehmen will. A. M. Hellwig *2* 277 f.

Auf einem andern Standpunkt stehen Rechtslehre und Praxis in Frankreich bezüglich der *élection de domicile*. Bei dieser wird, soweit sich aus dem ausdrücklichen Wortlaut der Abrede nicht das Gegenteil ergibt, vermutet, sie sei vom Hauptvertrag abhängig und beziehe sich nur auf Streitigkeiten über dessen Erfüllung. Das Bundesgericht würde diese Ansicht teilen. Vgl. BGE *59*[1] 224 und unten § 6 II 1 *h*.

spielsweise in Bern[1]), ist der Prorogationsvertrag formlos (im Sinne des Privatrechts) gültig, auch wenn für den materiellen Vertrag eine besondere Form, etwa öffentliche Beurkundung, vorgeschrieben sein sollte[2]).

3. Verwandt mit dem Prorogationsvertrag und in ihrer wesentlichen Wirkung ihm gleichzusetzen ist die Prorogationsklausel in Statuten juristischer Personen[3]). Durch sie können die juristische Person, ihre Organe und Mitglieder verhalten werden, gewisse Streitigkeiten unter sich vor besonders bezeichneten Gerichten, regelmässig denjenigen des Sitzes der juristischen Person, auszutragen. Diese Verpflichtung, im französischen Sprachgebiet meist in Form einer élection de domicile[4]) auftretend, hat ohne weiteres die Zuständigkeit der genannten Gerichte zur Folge, sofern nicht zwingende gesetzliche Kompetenznormen entgegenstehen; einer weiteren Abrede der Parteien bedarf es nicht mehr. Begründen lässt sich dies namentlich damit, dass die Mitglieder der juristischen Person vor ihrem Beitritt die Statuten einsehen konnten (so z. B. der Aktionär vor Erwerb seiner Aktien); ihr stillschweigendes Einverständnis darf somit vorausgesetzt werden[5]).

III. Die Erwählung eines Domizils und die Bezeichnung eines Erfüllungsortes.

1. Die Abrede der Prorogation kann auf die Weise getroffen werden, dass die Parteien für die Erfüllung von Verträgen oder generell für die Abwicklung von Geschäften ein besonderes *Domizil erwählen*. Wo diese Formulierung verwendet wird, muss jedoch aus den Umständen unzweifelhaft hervorgehen, dass die Parteien darunter eine Prorogation verstanden haben. Im allgemeinen wird dies beim Bundesgericht bei französisch abgefassten Verträgen angenommen,

---

[1]) Art. 27 der bern. ZPO stellt das Erfordernis der Schriftlichkeit auf.

[2]) RG *140* 49.

[3]) Vgl. z. B. BGE *56*[1] 87.

[4]) Siehe unten III.

[5]) Escher 67.

wenn die Parteien dem französischen Sprachkreis angehören, da der Ausdruck «*élection de domicile*» üblicherweise diese Bedeutung hat («élection de domicile attributive de juridiction»). Auf demselben Standpunkt steht die Praxis in Frankreich. Nach deutschem Sprachgebrauch hat die Erwählung eines Domizils dagegen nur ausnahmsweise den Sinn einer Prorogation, und die Klausel wird dementsprechend ausgelegt[1]).

Nicht selten kommt es vor, dass die Erklärung, es erwähle jemand für die Erfüllung gewisser Geschäfte ein besonderes Domizil, vorerst einseitig abgegeben wird, ohne sich an bestimmte Personen zu richten[2]). Sie lässt sich in diesem Fall auffassen als eine Offerte, die durch spätere Erklärung oder konkludentes Verhalten einer beliebigen Person, welche zu dem Offerenten in die betreffenden sachlichen und rechtlichen Beziehungen tritt, angenommen werden kann[3]).

Das Gesetz selber kann einen Gewerbetreibenden — man denke an Versicherungsgesellschaften[4]) — zur Erwählung eines Rechtsdomizils für die Erfüllung von Verträgen verhalten. Mit Burckhardt[5]) wird in solchen Fällen angenommen werden dürfen, der Gerichtsstand sei bereits durch diese Pflicht begründet, so dass dort geklagt werden kann, auch wenn der Verpflichtete der gesetzlichen Vorschrift nicht nachkommt. Wurde die Domizilwahl jedoch — beispielsweise in Statuten oder in einer Gründungsakte — ordnungsgemäss vorgenommen, so besteht kein Anlass, sie anders zu behandeln, als wenn sie auf Grund freier Privatinitiative erfolgt wäre. (Dies ist namentlich für die Auslegung des Art. 3 des

---

[1]) Vgl. z. B. BGE *32*[1] 647, *33*[1] 737; siehe auch unten 73 ff.

[2]) Vgl. Pillet 116; Planiol et Ripert *1* N. 169.

[3]) Siehe Burckhardt 560. Das Bundesgericht anerkennt die Gültigkeit der Offerte in incertam personam ausdrücklich, vgl. BGE *47*[2] 208.

[4]) Vgl. Art. 2 des BG vom 25. Juni 1885 betreffend Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiet des Versicherungswesens («Aufsichtsgesetz»).

[5]) 561; vgl. BGE *12* 55.

Gerichtsstandsvertrages mit Frankreich von Bedeutung[1]). Immerhin ist zu beachten, dass die Gesellschaft durch die Domizilwahl ein für allemal den Gerichtsstand an diesem Ort anerkannt hat. Schliesst sie später mit einem Versicherungsnehmer eine Gerichtsstandsvereinbarung ab, die auf ein anderes Gericht lautet, so kann kraft dieser Vereinbarung nur eine wahlweise, kumulative Zuständigkeit entstehen; die Annahme einer ausschliesslichen Kompetenz würde sich mit dem Grundsatz vom Handeln nach Treu und Glauben nicht vertragen.

2. In der Praxis hat sich häufig die Frage erhoben, ob die Vereinbarung eines *Erfüllungsortes* einen Prorogationsvertrag darstelle. Mit dem Bundesgericht[2]) ist im allgemeinen verneinend zu antworten. Die Abrede eines Erfüllungsortes allein ist eine rein materielle Bestimmung des Vertrages und hat an sich mit einem künftigen Prozesse nichts zu tun. Eine Prorogation kann nur dann angenommen werden, wenn entweder ausdrücklich von der Beurteilung allfälliger Streitigkeiten die Rede ist, oder wenn mit der Vereinbarung eines besonderen Erfüllungsortes sich andere Abreden im Vertrage vorfinden, aus denen mit Sicherheit geschlossen werden kann, dass die Parteien mit dem Erfüllungsort auch einen speziellen Gerichtsstand zu schaffen beabsichtigten («stillschweigende» Vereinbarung). Dies wird aber in jedem Fall mit Strenge zu prüfen sein. Von vornherein ausgeschlossen ist eine derartige Auslegung dann, wenn das Prozessgesetz bestimmt, dass nur die «ausdrückliche Vereinbarung» zuständigkeitsbegründend wirken könne[3]).

IV. Der persönliche Geltungsbereich des Prorogationsvertrages.

Die Grundsätze des Privatrechtes sind ebenfalls analog anzuwenden zur Beantwortung der Frage, ob die Zuständig-

[1]) Siehe unten 81 ff.

[2]) Vgl. z. B. BGE *34*[1] 267. Die dort entwickelten Auslegungsgrundsätze haben auch im Prozessrecht Geltung.

[3]) Leuch, N. 1 zu Art. 27.

keitsvereinbarung auch für andere Personen als nur für die unmittelbar beteiligten Vertragsparteien gelte[1]).

Es ist anerkannt, dass an die Stelle der Parteien ihre Rechtsnachfolger treten können. Unter Vorbehalt einer Abrede, welche die Prorogation als rein persönliche Vereinbarung bezeichnet, oder besonderer Umstände, die sie zu einer solchen stempeln, ist Universal- wie Singularsukzession möglich; die Prorogation bezieht sich im Zweifel auf das materielle Rechtsverhältnis (nicht auf Personen), ihre Geltung dauert solange wie der sie begründende Tatbestand[2]).

Somit sind die Erben der Parteien regelmässig an die Zuständigkeitsvereinbarung gebunden, ebenso Willensvollstrecker und Erbschaftsverwalter, obwohl diese kein materielles Recht, sondern nur Verfügungsgewalt erlangt haben. Fortdauer der Prorogation wird man auch anzunehmen haben, wenn Singularsukzession in das zivile Rechtsverhältnis erfolgt, auf das die Prorogation sich bezieht. So ist es namentlich bei der Zession zu halten[3]), selbst wenn die Abtretungsurkunde die Prorogation nicht erwähnt. Auszunehmen ist der Fall, wo die Prorogation wegen ihrer Formulierung den Schuldner nach der Zession schlechter stellen würde: wenn sie z. B. als Gerichtsstand einfach den Wohnsitz des Gläubigers nennt und der Wohnsitz des Zessionars für den Schuldner ungünstiger liegt. Bei dieser Sachlage wird Wegfall der Prorogation anzunehmen sein. Dem Zessionar ist der Erwerber eines Wertpapieres gleichzustellen, das unter Zuständigkeitsvereinbarung gezeichnet wurde; da ist der Zusammen-

---

[1]) Möglich ist, dass die Zuständigkeitsvereinbarung nur zugunsten einer Partei getroffen wird, in dem Sinne, dass diese das Recht erhält, nach ihrer Wahl beim gesetzlich zuständigen oder beim vereinbarten Gerichte zu klagen. Der Gegenpartei ist in diesem Fall die Berufung auf die Abrede versagt. Die Vereinbarung ist eine «hinkende» (Berliner 9). An ihrer rechtlichen Zulässigkeit ist nicht zu zweifeln. Dagegen würde die Abrede eines Gerichtsstandes «nach Wahl des Klägers» gegen die guten Sitten verstossen (Berliner 57 und Zitate).

[2]) Gradhandt 64; BGE *56*[1] 508.

[3]) Hellwig *2* 279; Gradhandt 66; a. M. Deybeck 94.

hang der Prorogation mit dem materiellen Rechtsverhältnis besonders evident[1]). — Wie die Zession im allgemeinen wird die Schuldübernahme behandelt — sie ist ja nach schweizerischem Recht ein Vertrag zwischen dem neuen Schuldner und dem Gläubiger —, wenn der Schuldübernehmer sich nicht ausdrücklich das Gegenteil ausbedingt[2]).

Verwandt mit der Universalsukzession und im allgemeinen gleich zu behandeln ist der Fall des Konkurses, wo die Konkursverwaltung und eventuelle Abtretungsgläubiger an den vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Prorogationsvertrag so weit wie der Gemeinschuldner selbst gebunden sind. Immerhin sind hier gewisse Besonderheiten zu beachten. Vor allem ist wegen des bundesrechtlichen zwingenden Gerichtsstandes des Konkursortes eine Prorogation im Kollokationsprozess ausgeschlossen; dies rechtfertigt sich auch sachlich, weil der Streit in eine andere Ebene — Teilnahme an der Vollstreckung — verlegt ist und die materielle Berechtigung nur die Rolle einer Präjudizialfrage spielt[3]). Dann aber darf meines Erachtens auch bei einer Anfechtungsklage, wo die Konkursverwaltung als Klägerin auftritt, eine vom Gemeinschuldner vereinbarte Prorogation nicht berücksichtigt werden. Ein zwingender Gerichtsstand von Bundes wegen besteht hier allerdings nicht. Allein das Argument, der prorogierte Richter solle nach dem mutmasslichen Willen der Parteien auch und gerade über die Gültigkeit des materiellen Vertrages zu urteilen haben, trifft auf diesen Fall nicht zu. Im Anfechtungsprozess wird nicht über die zivile Gültigkeit eines Vertrages entschieden, sondern die Klage bezweckt, eine Rechtshandlung einzig des Gemeinschuldners aus betreibungsrechtlichen Gründen ungültig erklären zu lassen. Es handelt sich um eine Klage, die der Gemeinschuldner selber überhaupt nicht anstellen könnte; folglich kann er bezüglich ihrer auch keine Zuständigkeitsvereinbarung treffen. Die Anfech-

[1]) Leuch, N. 1 zu Art. 27.
[2]) Im gleichen Sinne Gradhandt 66; BGE *33*[1] 742.
[3]) Leuch, N. 1 zu Art. 27.

tungsklage der Konkursmasse ist daher beim gesetzlich zuständigen Richter anzustrengen, sofern nicht die Prozessparteien selber einen Prorogationsvertrag schliessen.

Für Drittpersonen, die nicht Rechtsnachfolger einer Partei sind oder als Nebenparteien am Prozesse teilnehmen, ist der Prorogationsvertrag eine res inter alios acta und als solche nicht verbindlich[1]). Die von der Ehefrau abgeschlossene Prorogation kann gegenüber dem Ehemann nicht angerufen werden, denn so weit erstreckt sich die Schlüsselgewalt der Frau nicht[2]). Bürgen, Mitverpflichtete und Mitberechtigte werden durch eine Zuständigkeitsvereinbarung, an der sie nicht teilgenommen haben, nicht berechtigt und verpflichtet. Vorbehalten bleibt der Fall, wo das Gesetz den zahlenden Bürgen oder Solidarschuldner dem Gläubiger subrogiert (Art. 507, 149 OR); hier hat das Bundesgericht mit Recht erklärt, es gingen nach Gesetz alle an sich übertragbaren Rechte des Gläubigers über, materielle wie prozessuale, so dass der Subrogierte als echter Rechtsnachfolger befugt sei, sich auf die Prorogation zu berufen[3]). — Dritter ist auch der Kollektivgesellschafter oder der unbeschränkt haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, der für ungedeckte Gesellschaftsschulden belangt wird. Dagegen befindet sich der Intervenient nicht in der Rolle eines Dritten, denn er ist blosser Gehilfe der Hauptpartei in ihrem Prozess[4]).

Von der Regel, dass Dritte sich auf die Prorogation nicht berufen können, hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung zwei wichtige Ausnahmen gemacht. Die eine bedarf keiner langen Erörterung. Sie betrifft den Gesamtarbeitsvertrag[5]). Dessen Bestimmungen, im Interesse der Verbandsmitglieder aufgestellt, treten an die Stelle individueller Abmachungen im Dienstvertrag (Art. 322^3 OR), und es besteht kein Grund,

---

[1]) Vgl. BGE *33*[1] 749.
[2]) BGE *50*[1] 47.
[3]) BGE *35*[1] 557; Leuch, N. 1 zu Art. 27.
[4]) Siehe Art. 46 und 47 bern. ZPO; Leuch, N. 1 zu Art. 27.
[5]) Siehe BGE *62*[1] 18.

dies für eine Prorogationsklausel im besonderen nicht anzunehmen. Interessanter ist der andere Fall, nämlich die Vergebung öffentlicher Arbeiten. Das Bundesgericht nimmt an, eine Klausel im bezüglichen Bauvertrag, wonach der Unternehmer für dessen Ausführung und daraus sich ergebende Anstände am Ort oder doch im Kanton des Baues Domizil zu erwählen hat, gelte auch zugunsten Dritter; diese können also ohne weiteres am erwählten Domizil klagen. Begründet wird die Lösung damit, dass eine öffentliche Verwaltung als Kontrahentin in einem solchen Vertrag eben nicht nur die eigenen, sondern auch die Interessen Dritter zu wahren wünsche, welche bezüglich der Erstellung des Werkes mit dem Unternehmer in geschäftliche Beziehungen treten und ihm hierzu Leistungen machen[1]). Die Praxis ist durchaus vernünftig, nur hätte vielleicht in der Begründung erwähnt werden sollen, dass diese sich einzig auf die (analog anwendbaren) obligationenrechtlichen Bestimmungen über die Verträge zugunsten Dritter stützen kann (Art. 112 OR). Nichts steht dagegen, dass man bei einer Prorogation vereinbare, auch Dritte sollten sich darauf berufen dürfen. Fehlt im Vertrag eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art, dann ist es eine Interpretationsfrage, ob die Abrede so gemeint sei, und da wird man ohne weiteres sagen dürfen, dass bei der Vergebung öffentlicher Bauarbeiten eine Präsumtion dafür spreche. Es ist denkbar, dass auch die Prorogationsklausel in einem privaten Bauvertrag diesen Sinn hat, aber hier spricht die Vermutung dagegen und müsste durch besondere Umstände widerlegt werden. Man wird mangels ausdrücklicher Abrede immer auf das Kriterium abzustellen haben, ob die Partei, welche die Arbeiten vergibt, wirklich das Interesse Dritter auch im Auge hat; aus der Abfassung des Bauvertrags dürfte dies ja in der Regel klar ersichtlich sein. — Es versteht sich von selber, dass auch die Prorogationsklausel in einem andern Vertrag als Vereinbarung zugunsten dritter Personen

[1]) BGE *41*[1] 97.

aufgefasst werden kann, wenn die Abrede dies ausdrücklich vorsieht oder die gesamten Umstände zweifelsfrei dafür sprechen[1]). Dass aus dem Vertrag der Dritte nicht belastet, verpflichtet werden kann, bedarf wohl keiner besonderen Hervorhebung; er wird sich immer auf die gesetzliche Zuständigkeit berufen können, wenn sie ihm besser passt.

V. Die Rolle des Richters: keine Mitwirkung an der Zuständigkeitsbegründung; Zuständigkeit für die Beurteilung der Gültigkeit der Prorogation.

Im Anschluss an die soeben erörterten Fragen ist noch ein Wort über die Bindung des Richters an den Prorogationsvertrag zu sagen. Wenn der Prorogationsvertrag mit den gesetzlichen Zuständigkeitsgründen auf eine Stufe zu stellen ist (vgl. oben 8 f.), so kann seine Gültigkeit von der Zustimmung des Richters, der Recht nur anzuwenden hat, nicht abhängig sein. Der Richter wirkt am Zustandekommen der Zuständigkeitsvereinbarung nicht mit. Dies schliesst nicht aus, dass das Gesetz selber zur Verhinderung von Missbräuchen dem Richter das Recht gibt, die Anhandnahme der Streitsache von Amtes wegen abzulehnen. Eine solche — vorbehaltlose oder beschränkte — Ablehnungsbefugnis haben zahlreiche kantonale Prozessgesetze dem Richter eingeräumt[2]). Durch die Ablehnung wird die Zuständigkeit nachträglich wieder beseitigt.

An der Begründung der Zuständigkeit ist der Richter unbeteiligt, aber er hat über die Gültigkeit und Auslegung einer vorliegenden Vereinbarung zu entscheiden. Welcher Richter? Die Antwort ist einfach: immer derjenige, der angerufen wird. Also der vereinbarte Richter, wenn sich der Kläger unter Berufung auf die Prorogation an ihn wendet,

---

[1]) Vgl. dazu Planiol et Ripert *1* Nr. 169; Berliner 57 und Zitate.

[2]) Z. B. Bern (Art. 27), Zürich (§ 16), Luzern (§ 51), Schwyz (§ 57), Basel-Land (§ 33), Schaffhausen (§ 110), St. Gallen (Art. 91), Thurgau (§ 19), Wallis (Art. 20), Zug (Art. 2).

der gesetzlich zuständige, wenn in der Klage vor ihm geltend gemacht wird, die Prorogation sei nicht ausschliesslich oder überhaupt ungültig. Von der besondern richterlichen Prüfung im Vollstreckungsverfahren und den eventuell sich ergebenden Fragen des anwendbaren Rechtes wird in § 5 die Rede sein. Dass im schweizerischen Recht Art. 59 BV der Beurteilung durch den prorogierten Richter nicht entgegensteht, ist klar, denn der Inhalt der Vereinbarung begründet keine «persönliche Ansprache»[1]). Immerhin ist vorausgesetzt, dass der Richter korrekt vorgehe und zuerst gesondert über seine Kompetenz entscheide[2]).

Ob das Urteil sich auch über das materielle Rechtsverhältnis, welches den Gegenstand der Prorogation bildet, aussprechen dürfe, hängt natürlich davon ab, ob der Richter zur Bejahung oder Verneinung seiner Zuständigkeit gelangt. Burckhardt[3]) erwähnt besondere Fälle, wo die Frage der Zuständigkeit untrennbar mit der Sache selbst verbunden sei: z. B. wenn der Beklagte die Existenz oder die Gültigkeit des ganzen Vertrages, auf den sich der materielle Anspruch sowohl als die Prorogation stützen, leugnet; da müsse bei Verneinung der Kompetenz auch der materielle Anspruch unbegründet erklärt werden, obschon das Urteil nur bezüglich der Kompetenz Rechtskraft erlange. Dem ist wohl nicht beizustimmen. Wenn oben[4]) ausgeführt wurde, dass die Prorogationsabrede immer, auch bei äusserlicher Unselbständigkeit, als besonderer Vertrag zu werten sei, so bedeutet dies, dass eine «untrennbare Verbindung mit der Sache» eben nicht besteht und das gültige Zustandekommen der Prorogation in allen Fällen unabhängig von den materiellrechtlichen Fragen geprüft werden kann. Wird die Kompetenz verneint, so erschöpft sich darin der Urteilsinhalt.

---

[1]) So schon BGE *24*[1] 60; Leuch, N. 1 zu Art. 27.
[2]) Burckhardt 562 und dort zitierte Urteile.
[3]) 562.
[4]) 16 f.

VI. Die Ausschliesslichkeit der vereinbarten Zuständigkeit.

1. Im allgemeinen.

Die Frage, mit der wir uns hier zu befassen haben, ist diese: Werden kraft eines Prorogationsvertrages die nach Gesetz zuständigen Gerichte unzuständig oder entsteht ein Konkurrenzverhältnis? Muss der Kläger beim prorogierten Gerichte klagen oder bleibt ihm die Wahl?

Der Begriff der Prorogation erlaubt eine generell gültige Antwort nicht, sondern die Lösung heisst, wie so oft: es kommt drauf an. Wenn das positive Recht zur Frage nicht Stellung nimmt (wie etwa die alte württembergische ZPO mit dem Satze: «der durch giltige Übereinkunft verabredete Gerichtsstand schliesst die gesetzlichen als solche aus»), so ist damit anerkannt, dass es den *Parteien frei überlassen* bleibt, die volle vom Gesetz überhaupt zugelassene Wirkung der Prorogation (Ausschliesslichkeit) anzunehmen oder sich mit einer weniger weit gehenden Wirkung (Konkurrenz von prorogiertem und derogiertem Gericht) zu begnügen[1]). Die Parteien haben mithin zu bestimmen, bzw. aus ihrer Abrede muss durch *Interpretation* ermittelt werden, ob der Beklagte zur Einrede der Unzuständigkeit berechtigt sein soll, wenn der Kläger sich hinterher doch an das nach Gesetz kompetente statt an das prorogierte Gericht wendet. Nun zeigt jedoch die Praxis, dass Zuständigkeitsvereinbarungen nur ausnahmsweise (etwa wenn es sich um Lieferbedingungen von Grossfirmen handelt) einen ausdrücklichen Vermerk über Ausschliesslichkeit oder Nichtausschliesslichkeit der Prorogation enthalten. Im Regelfalle wird man daher, wie oft in obligationenrechtlichen Streitigkeiten, den Parteiwillen aus dem Zwecke der Vereinbarung und der gesamten *Interessenlage* ableiten müssen[2]).

Es wird sich daraus wohl häufiger der Schluss ergeben, die vereinbarte Zuständigkeit sei nicht ausschliesslich. Man

[1]) Siehe z. B. Leuch, N. 1 zu Art. 27; BGE *39*[1] 377, *56*[1] 507; a. M. Deybeck 63.

[2]) Berliner 58.

denke an den üblichen Fall der Gerichtsstandsvereinbarung, welche abgeschlossen wird im Interesse der wirtschaftlich stärkeren Partei, die voraussichtlich in einem Prozess als Kläger auftreten wird und der es unbequem scheint, die Gegenpartei an ihrem Wohnsitz zu belangen. Sind im Prozess die Parteirollen wirklich so verteilt, zieht es aber der Kläger vor, trotz der Prorogation den Wohnsitzrichter des Beklagten anzurufen, so ist es sinnlos, Ausschliesslichkeit anzunehmen und die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten zu schützen; denn diesem liegt ja sachlich an der strikten Einhaltung des prorogierten Gerichtsstandes nichts, im Gegenteil, der Kläger kommt ihm nur entgegen. Eine allgemeine Rechtsvermutung für diese Lösung gibt es jedoch nicht[1]). Sobald der Beklagte ein überwiegendes oder auch nur erhebliches Interesse daran hat, beim vereinbarten Gericht und nicht sonstwo belangt zu werden, ist Ausschliesslichkeit anzunehmen und die Klage beim gesetzlich zuständigen Richter zurückzuweisen, immer vorausgesetzt, dass ein entgegengesetzter, beim Vertragsschluss geäusserter Parteiwille sich nicht nachweisen lasse[2]). Die Fälle solcher Interessenlage sind durchaus nicht selten, sie wurden früher sogar als die Regel angesehen[3]). Unter allen Umständen ist Ausschliesslichkeit des forum prorogatum anzunehmen, wenn die Parteien eines von mehreren zuständigen Gerichten gewählt haben (rein negative Zuständigkeitsvereinbarung), denn in einer solchen Abrede kann nichts anderes als ein Verzicht des Klägers auf die andern Möglichkeiten erblickt werden.

2. Insbesondere: forum prorogatum und Gerichtsstand des Arrestes.

Die Praxis hat speziell darüber diskutiert, ob der Gerichtsstand der Vereinbarung dem des Arrestortes vorgehe.

---

[1]) RG *159* 254; a. M. Nussbaum 403.

[2]) Vgl. Planiol et Ripert *1* Nr. 170; Berliner 58.

[3]) Vgl. etwa die Urteile des Kantonsgerichts St. Gallen in JZ *23* 141, der 1. zürcherischen Appellationskammer in ZR *2* Nr. 53 und 7 Nr. 161 sowie des Bundesgerichts in BGE *39*[1] 377 und 56[1] 507.

Der Tatbestand sieht beispielsweise so aus: A und B haben vereinbart, dass für Streitigkeiten aus einem Vertrag die Gerichte von Amsterdam zuständig sein sollen. In der Folge lässt der Gläubiger A in Luzern Vermögensgegenstände des Schuldners B mit Arrest belegen und reicht, nachdem die angehobene Betreibung durch Rechtsvorschlag gehemmt wurde, in Luzern als dem Arrestort die Klage auf Anerkennung seines Forderungsrechtes ein (Art. 278 SchKG; § 44 der luzernischen ZPO). B schliesst auf Zurückweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts.

Jaeger hat die Meinung ausgesprochen, ein vereinbarter Gerichtsstand könne nicht durch Erwirkung eines Arrestes umgangen werden[1]). Er stützt sich auf ein leider nur allzu knapp und axiomatisch motiviertes Urteil des Zürcher Obergerichts, das man in ZR 23 unter Nr. 96 publiziert findet. Das Bundesgericht jedoch hat eine staatsrechtliche Beschwerde gegen einen luzernischen Entscheid, wonach die Klage am Arrestorte trotz einer früheren Prorogation zugelassen wurde, abgewiesen[2]).

Der Widerspruch zwischen beiden Lösungen ist nur ein scheinbarer; die prozessuale Kernfrage wird allerdings durch keine von ihnen entschieden. Das Bundesgericht hat festgestellt, dass dem Richter am Arrestorte nicht etwa von Bundesrechts wegen eine ausschliessliche Zuständigkeit zukomme — denn das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz stellt überhaupt für die Klage auf Anerkennung des Forderungsrechtes keinen Gerichtsstand auf[3]). Bundesrecht und Völkerrecht lassen den Kantonen vollständige Freiheit, nach ihrem eigenen Prozessrecht darüber zu befinden, ob sie dem Kläger den in ihren Prozessgesetzen vorgesehenen Gerichtsstand des Arrestortes auch dann zur Verfügung stellen wollen wenn dieser mit einem Prorogationsgerichtsstand kollidiert;

[1]) Supplement III N. 11 zu Art. 278 SchKG.

[2]) BGE *61*[1] 259.

[3]) Demnach kann die Arrestprosequierungsklage, ohne Schaden für die spezifisch betreibungsrechtliche Wirkung, auch an einem forum prorogatum eingereicht werden.

die kantonale Souveränität in der Regelung der Gerichtsstände ist in dieser Hinsicht keiner Beschränkung unterworfen. Mehr sagt das Bundesgericht nicht und konnte es wohl auch nicht, weil die Zuständigkeitsfrage im Falle des zitierten Urteils (mangels anwendbarer staatsvertraglicher Bestimmungen) nur nach kantonalem, der bundesgerichtlichen Kognition entzogenem Prozessrecht zu entscheiden war. Uns interessiert jedoch gerade der prozessuale Punkt: war das Gericht am Arrestorte trotz der früheren Prorogation zuständig? Die Antwort ergibt sich, wenn das kantonale Prozessrecht sich über die Frage ausschweigt, aus dem unter Ziff. 1 entwickelten allgemeinen Kriterium. Ob die Prorogation den Gerichtsstand des Arrestortes ausschliesse, wird durch die Parteivereinbarung bestimmt, deren Sinn mittelst Interpretation zu eruieren ist. Wird nach Interessenlage und Billigkeit die Ausschliesslichkeit bejaht, dann ist in der Tat, wie Jaeger sagt, eine «Umgehung» der Prorogation ausgeschlossen — aber gerade die Ausschliesslichkeit muss eben zuerst festgestellt werden. War die Prorogation nicht ausschliesslich, dann gab es a priori nichts zu umgehen, und die Klage am Arrestort ist ohne weiteres zuzulassen[1]).

Einen Fall gibt es allerdings, wo von vornherein zu verneinen ist, dass der Gerichtsstand der Prorogation denjenigen des Arrestes ausschliesse. Ich denke an den Arrestgrund der Zahlungsflucht des Schuldners (Art. 271 Ziff. 2 SchKG). Wenn der Schuldner in der Absicht, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, Vermögensgegenstände beiseite schafft, sich flüchtig macht oder Anstalten zur Flucht trifft, dann soll der Gläubiger unter allen Umständen am Orte der Arrestnahme klagen dürfen, sofern das kantonale Prozessgesetz diesen Gerichtsstand vorsieht. Die Annahme der Ausschliesslichkeit eines prorogierten Gerichtsstandes würde bei solcher Sachlage gegen die guten Sitten verstossen (Art. 20 OR).

[1]) Richtig ist die Begründung eines älteren Zürcher Entscheides in ZR 7 Nr. 161.

§ 3.

Die Einlassung auf den Rechtsstreit.

I. Die Einlassung als selbständiger Zuständigkeitsgrund.

Die Prozessgesetze behandeln üblicherweise die Einlassung des Beklagten auf eine Klage, welche bei einem unzuständigen Richter eingereicht wurde, zusammen mit dem Prorogationsvertrag unter dem Titel «Vereinbarung»[1]). Dies hat seinen Ursprung wohl in der römischrechtlichen Lehre von der Litiskontestation, die auf dem reinen Konsensprinzip beruhte[2]). Allein es kann nach heutiger Auffassung[3]) kein Zweifel darüber bestehen, dass das als Einlassung bezeichnete Verhalten des Beklagten nicht als Mitwirkung an einer Vereinbarung (der Kläger stellt durch Einreichung der Klage beim unzuständigen Richter eine Offerte auf Abschluss eines Prorogationsvertrages, der Beklagte nimmt sie durch konkludentes Verhalten an) zu werten ist, sondern einen selbständigen Zuständigkeitsgrund darstellt[4]).

Dieser Zuständigkeitsgrund ist ein formaler in dem Sinn, als kein Prozessgesetz danach fragt, ob die Kompetenzbegründung dem Willen des Beklagten entsprach und ob der Beklagte auch nur wusste, dass er mit Erfolg die Zurück-

---

[1]) Vgl. als Beispiele die deutsche ZPO (§§ 38—40) und von den kantonalen Prozessgesetzen diejenigen von Bern (Art. 27/28), Zürich (§ 17), Luzern (§ 51), Schwyz (§ 57), Basel-Stadt (§ 11), St. Gallen (Art. 91), Aargau (§ 13), Thurgau (§ 19), Tessin (Art. 33).

[2]) Hellwig *2* 275.

[3]) Vgl. z. B. Hellwig *2* 274 ff.; Gaupp-Stein-Jonas, § 39 I; Rosenberg 93. Anders können auch die Ausführungen Leuchs zu Art. 28 wohl nicht verstanden werden.

[4]) Darüber, dass der Vorgang der Einlassung die Zuständigkeit eines «an sich» nicht kompetenten Richters begründe, wurde früher noch gestritten (vgl. Deybeck 158 ff.). Eine Lehrmeinung machte geltend, durch die Einlassung werde bloss die Unzuständigkeit unbeachtlich. Heute aber geht die Prozessrechtslehre allgemein vom Grundsatz aus, dass nur ein zuständiges Gericht urteilen darf. Man kann zwar die Zuständigkeit auf eine Fiktion gründen, aber es geht nicht an, die Zuständigkeit selber zu fingieren.

weisung der Klage hätte beantragen können. Die Rechtsfolge wird einfach an ein äusseres Verhalten geknüpft, das sich nach objektiven Gesichtspunkten umschreiben lässt. Freilich führt diese Zurechnung zu Unbilligkeiten für den Beklagten, doch muss dieser sich entgegenhalten lassen, er habe durch sein Gebaren zum Ausdruck gebracht, dass er gleich dem Kläger den Richter anerkenne und dessen verbindliche Entscheidung anrufe. In Wirklichkeit dient der Zuständigkeitsgrund der Einlassung nicht dem privaten, sondern durchaus dem öffentlichen Interesse. Er erlaubt die Vermeidung zahlreicher, vielleicht schwieriger Streitigkeiten über die richterliche Kompetenz und verhindert, dass die einmal begonnene Gerichtstätigkeit nachträglich unnütz werde[1]). Immerhin kann gerade das öffentliche Interesse einer Beurteilung der materiellen Streitsache durch den prorogierten Richter entgegenstehen; dies trifft dann zu, wenn für den gesetzlich zuständigen Richter wegen der Natur des Streitverhältnisses oder wegen des Wohnsitzes der Parteien die Untersuchung und Entscheidung des Falles sich leichter gestalten muss. Daher sehen die Prozessgesetze vielfach ein beschränktes oder gar unbeschränktes richterliches Ablehnungsrecht vor.

Das die Kompetenz begründende Verhalten des Beklagten schliesst unter allen Umständen ein negatives Element in sich, nämlich die *Unterlassung*, die *Unzuständigkeit* des vom Kläger angerufenen Gerichtes rechtzeitig geltend zu machen. Während dies allein früher zur Kompetenzbegründung vielfach als genügend erachtet wurde (Präklusionsprinzip)[2]), muss dazu nach der heutigen Auffassung, die allzu grosse Härten gegenüber dem Beklagten vermeiden möchte, ein positives Handeln von dessen Seite treten, das dem buchstäblichen Sinn des Wortes «Einlassung» entspricht und sich regelmässig ohne Willkür als Anerkennung des Richters auslegen lässt: die *Verhandlung zur Hauptsache*, zum materiellen, vom Richter abzuurteilenden Rechtsverhältnis. Das Bundes-

[1]) Hellwig *2* 282.
[2]) Deybeck 98 ff.

gericht hat in zahlreichen Entscheiden, die als Ausdruck der allgemeinen Rechtslehre gelten dürfen, die Anforderungen umschrieben, die an dieses positive Handeln des Beklagten zu stellen sind; zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten sei hiefür auf § 4 II 3 (Seiten 50 ff.) verwiesen.

Fehlt eines der beiden Elemente, so tritt die Zuständigkeitsbegründung nicht ein. Dem ist so, wenn sich der Beklagte rein passiv verhält, etwa gar nicht antwortet oder vor Gericht nicht erscheint (denn niemand, sagen wir heute, ist zu irgendwelchen Vorkehren vor einem unzuständigen Richter verpflichtet[1]), oder wenn er zwar eventualiter zur Hauptsache verhandelt, aber in erster Linie die Zuständigkeit des Gerichtes bestreitet.

Ist die Zuständigkeit durch das Verhalten des Beklagten einmal begründet, so besteht sie, nach Massgabe der einzelnen Prozessgesetze, auch für allfällige Nebenparteien und Rechtsnachfolger der Hauptparteien. Der Beklagte selber kann sie durch späteres Verhalten, etwa durch Bestreiten der Kompetenz einer Appellationsinstanz, nicht mehr beseitigen[2]).

Von selbst versteht sich, dass kraft der Einlassung des Beklagten dann keine Zuständigkeit entstehen kann, wenn das Gesetz für die betreffende Streitigkeit eine zwingende Kompetenznorm enthält. Trifft dies zu, so hat der Richter seine Unzuständigkeit in jedem Stadium des Verfahrens, von Amtes wegen oder auf Einrede hin, zu berücksichtigen.

Aus dem Gesagten geht ohne weiteres hervor, dass die Konstruktion einer Vereinbarung oder die Fiktion eines Verzichtes auf die Anrufung des «an sich» zuständigen Richters überflüssig ist. Man braucht nicht auf solchen Umwegen nach einem Geltungsgrund zu fahnden; die Rechtswirkung des als Einlassung bezeichneten Verhaltens des Beklagten — wozu allerdings der Kläger durch Einreichung der Klage eine wesentliche Voraussetzung schaffen muss — tritt unmittelbar kraft

[1]) Vgl. z. B. BGE *52*[1] 133.

[2]) Burckhardt 563. Für die nach deutschem Recht bestehende Ausnahme vgl. unten III.

Gesetzes ein. Trotzdem soll nicht bestritten werden, dass es vom Standpunkt der Gesetzgebungstechnik einen Sinn hat, die Einlassung neben dem Prorogationsvertrag unter der gemeinsamen Bezeichnung «Vereinbarung» zu normieren. Die so operierenden Gesetze bedienen sich des Kunstmittels einer Fiktion oder einer unwiderlegbaren Vermutung. Bei Verwendung einer Fiktion befiehlt das Gesetz nicht den Glauben an eine Vereinbarung, sondern verfügt nur, dass ein Vorgang im Prozess dieselben Folgen haben solle wie eine Vereinbarung, mithin so zu behandeln sei, «als ob» eine Vereinbarung vorliege. Handelt es sich um eine unwiderlegbare Vermutung, so muss der Richter annehmen, es sei zwischen den Parteien eine Vereinbarung zustande gekommen, ohne dass er überprüfen dürfte, ob dies der Wirklichkeit entspreche. Welche von beiden Methoden das Gesetz wählt (im Endeffekt laufen sie auf eines heraus), ist nach dem Wortlaut der Bestimmung zu entscheiden. Eine Fiktion liegt beispielsweise vor, wenn das Gesetz die Einlassung einfach als Verhandlung zur Hauptsache umschreibt und den Ausdruck (stillschweigende) «Vereinbarung» nur im Marginale verwendet. Beispiel: die bernische ZPO[1]). Umgekehrt ist auf eine unwiderlegbare Vermutung zu schliessen, wenn das Gesetz einen Passus wie «stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte.....» enthält[2]). — Gegen beide Arten des Vorgehens ist nichts einzuwenden. Sie erlauben eine knappe und klare Fassung des Gesetzestextes und die Vermeidung unliebsamer Wiederholungen — trotzdem es freilich mit der direkten Umschreibung des Einlassungstatbestandes ebensogut geht.

---

[1]) Siehe deren Art. 27 und 28.

[2]) Vgl. Art. 39 der deutschen ZPO und die zugehörigen Ausführungen bei Gaupp-Stein-Jonas. Hellwig (*2* 282), Rosenberg (93) und Deybeck (140) nehmen auch für das deutsche Recht eine Fiktion an. Die kantonalen Prozessgesetze verwenden vielfach eine Formulierung wie die deutsche ZPO.

II. Positive Formulierung des Einlassungs-Tatbestandes in kantonalen Prozessgesetzen.

Der oben erwähnten älteren Auffassung entsprechend, knüpfen einzelne der geltenden Prozessordnungen die Einlassungsfolge an die blosse *Unterlassung* des Beklagten, die Zuständigkeit des vom Kläger angerufenen Gerichtes zu bestreiten. In der Schweiz stehen beispielsweise die Prozessgesetze der Kantone Neuenburg (Art. 15) und Wallis (Art. 20) auf diesem Boden. Neuenburg schreibt zudem vor, die Einrede müsse sofort nach Anhängigwerden der Klage erhoben werden, ansonst sie verwirkt sei. Die Mehrheit der schweizerischen Gesetze geht jedoch von der heute vorherrschenden Anschauung aus, dass im Verhalten des Beklagten erst dann eine Anerkennung der richterlichen Zuständigkeit erblickt werden kann, wenn der Beklagte ohne Erhebung der Inkompetenzeinrede *zur Hauptsache verhandelt;* nur unter dieser Voraussetzung soll sein Verhalten zuständigkeitsbegründend wirken. Als Beispiele für diese Regelung der Materie siehe die Prozessgesetze von Bern (Art. 28), Zürich (§ 17), Luzern (§ 51), St. Gallen (Art. 91), Thurgau (Art. 19), Schwyz (§ 57), Basel-Stadt (§ 11), Schaffhausen (Art. 111), Zug (Art. 2) und Solothurn (Art. 27). Meist ist dabei vorgesehen, dass der Richter von Amtes wegen die Anhandnahme der Streitsache ablehnen kann [1]).

Gemeinsam ist den schweizerischen Gesetzen, dass sie die Einlassung als Kompetenzgrund nur auf dem Gebiet der örtlichen Zuständigkeit kennen. Ein sachlich oder funktionell unzuständiger Richter kann bei uns durch Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache oder gar durch blosse Versäumung der Unzuständigkeitseinrede nicht zuständig werden [2]) [3]).

---

[1]) Nach den Gesetzen von Zürich (§ 17), St. Gallen (Art. 91) und Schwyz (§ 57) allerdings nur unter einschränkenden Vorbehalten.

[2]) Siehe dagegen die §§ 38 und 39 der deutschen ZPO.

[3]) Eine Ausnahme bildet im schweizerischen Recht Art. 74 des bernischen Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 31. Januar 1909, lautend: «Hat sich der Beklagte trotz mangelnder

Einige Prozessordnungen weisen ausdrücklich darauf hin, dass gegenüber jeder Einlassung des Beklagten die zwingenden gesetzlichen Gerichtsstandsnormen vorbehalten bleiben [1]). Wo solche bestehen, kann das Verhalten des Beklagten nicht zuständigkeitsbegründend wirken. Von den zwingenden Gerichtsständen des kantonalen und eidgenössischen Rechtes war bereits die Rede (s. oben 11 ff.).

Wie bei der Zuständigkeitsvereinbarung, so ist es auch bei der Einlassung möglich, das Anwendungsgebiet im Gesetz durch positive Formulierung zu umschreiben und einzuschränken. So besteht in Basel-Stadt (§ 11) die Vorschrift, dass die Einlassung nur bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten einen Zuständigkeitsgrund bilde.

III. Restitution der Unzuständigkeitseinrede.

Die Anerkennung der Einlassung als Zuständigkeitsgrund hat für die Rechtspflege den Vorteil, dass in allen Einlassungsfällen die Frage der gesetzlichen Zuständigkeit nicht mehr diskutiert zu werden braucht; nach der Feststellung, dass der Beklagte sich eingelassen hat und eine zwingende Zuständigkeitsnorm nicht im Wege steht, kann der Richter sogleich zur Behandlung der materiellen Streitigkeit übergehen. Diese oft angenehme Vereinfachung des Verfahrens fällt jedoch dahin und verwandelt sich in eine Komplikation, wenn dem Beklagten gestattet wird, die versäumte Einrede der Unzuständigkeit später nachzuholen. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn man eine derartige *Restitution* der Einrede nur ganz ausnahmsweise antrifft [2]).

Zuständigkeit vor einem ordentlichen oder vor dem Handelsgerichte eingelassen und hat das Gericht seine Kompetenz auch nicht von Amtes wegen abgelehnt, so wird das Gericht zur Beurteilung zuständig, sofern der Streitgegenstand dem freien Verfügungsrecht der Parteien zusteht.»

[1]) Vgl. die Gesetze von Zürich (§ 17), St. Gallen (Art. 91), Thurgau (Art. 19), Schwyz (§ 57) und Zug (Art. 2).

[2]) Vgl. Art. 274 der deutschen ZPO, wonach dem Beklagten das Recht zugestanden wird, die Einrede der Unzuständigkeit auch nach

IV. Fortdauer der durch Einlassung begründeten Zuständigkeit in einem späteren Prozess.

Einlassung begründet Zuständigkeit zur Beurteilung einer zwischen den Parteien bestehenden materiellen Streitigkeit. Schliesst der Prozess aus irgendeinem Grunde mit einem Urteil ab, das die Hauptsache nur teilweise liquidiert und die notwendige Ergänzung durch einen späteren gerichtlichen Entscheid vorbehält, so bleibt in dem hierfür anzuhebenden Verfahren der vom Beklagten durch Einlassung anerkannte Gerichtsstand bestehen, sofern wenigstens aus sachlichen Gründen die Beurteilung durch die Gerichte des gleichen Ortes geboten erscheint. Das zweite Verfahren, auch wenn es formell selbständigen Charakter hat, wird in einem solchen Fall inhaltlich nur als Fortsetzung des ersten betrachtet[1]).

3. Abschnitt.

§ 4.

Der Verzicht auf den durch Art. 59 der Bundesverfassung garantierten Wohnsitzgerichtsstand.

I. Begriffliches.

1. Art. 59 der Bundesverfassung lautet:

«Der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht, und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen ausser dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden.

Vorbehalten bleiben mit Bezug auf Ausländer die Bestimmungen bezüglicher Staatsverträge.

Der Schuldverhaft ist abgeschafft.»

Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache noch anzubringen, wenn er glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden zur früheren Erhebung der Einrede nicht imstande war.

[1]) Vgl. BGE *31*[1] 402, *33*[1] 86.

Es kann sich hier nicht darum handeln, den ganzen Artikel zu analysieren. Seine Auslegung, namentlich der Begriff der «persönlichen Ansprache», muss in grossen Zügen als bekannt vorausgesetzt werden. Die nachstehenden Erörterungen reichen nur so weit, als ein Zusammenhang mit dem Thema «Prorogation» besteht. Dieser Zusammenhang wird dadurch hergestellt, dass das Bundesgericht von jeher erkannt hat, der Schuldner könne auf den ihm garantierten Wohnsitzgerichtsstand verzichten. Der Verzicht erfolge durch ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung eines anderswo amtierenden Richters, durch Gerichtsstandsvertrag oder Einlassung[1]).

2. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Praxis hat Art. 59 BV interkantonale und internationale, nicht aber auch innerkantonale Bedeutung. Es will dies besagen, dass durch die Bundesverfassung nicht ein bestimmtes Gericht in einem Kanton zuständig erklärt, sondern dass lediglich der Kanton bezeichnet wird, dessen Gerichte zuständig sind. Art. 59 schafft *keine Zuständigkeit* eines Gerichts, er gewährleistet lediglich, im Interesse des Schuldners, die *Gerichtsbarkeit* des Kantons, in dem dieser wohnt[2]). Dies gilt nicht nur unter den Kantonen selber; auch gegenüber dem Ausland nimmt die Eidgenossenschaft für die in Art. 59 BV genannten Klagen die ausschliessliche Gerichtsbarkeit des Kantons in Anspruch, wo der Schuldner Wohnsitz hat.

«Zuständigkeit» (im subjektiven Sinne) bedeutet, dass ein Gericht verpflichtet ist, in einem konkreten Prozesse

---

[1]) Ferner, was aber selbstverständlich ist und nicht zum Thema dieser Arbeit gehört, durch Schiedsvertrag, denn mit dem Abschluss eines solchen wird die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte bezüglich des betreffenden Rechtsstreites ganz allgemein ausgeschlossen. Vgl. BGE *54*[1] 72.

Ein Verzicht auf den Schutz des Art. 59 BV kann schliesslich auch erst im Verfahren der Vollstreckbarerklärung erfolgen, indem der Gesuchsgegner erklärt, er habe gegen die Vollstreckung des ausländischen Urteils nichts einzuwenden. Vgl. Appellationshof Bern in ZBJV *61* 286.

[2]) Siehe statt vieler Entscheide BGE *56*[1] 87; Burckhardt 540.

Recht zu sprechen, und dass die Parteien seiner Tätigkeit unterworfen sind[1]). «Gerichtsbarkeit» hingegen ist die Staatshoheit in ihrer Betätigung als Rechtspflege[2]). Der Staat, der die Gerichtsbarkeit über einen Rechtsstreit beansprucht, muss auch ein zuständiges Gericht bezeichnen; daher rühren die gelegentlich anzutreffenden Verwechslungen beider Begriffe.

Nach der erwähnten Rechtsprechung ist Art. 59 BV eine *Kollisionsnorm zur Abgrenzung der Gerichtsbarkeit* und keine Zuständigkeitsnorm. Welche Gerichte des Wohnsitzkantons für die einzelnen Streitigkeiten zuständig seien, schreibt die kantonale Prozessgesetzgebung vor, die das Bundesgericht nicht anzuwenden hat. Hingegen folgt aus der ausschliesslichen Gerichtsbarkeit des Wohnsitzkantons, dass jedes Gericht eines andern Kantons zur Beurteilung des betreffenden Rechtsstreits *unzuständig* ist. Ein ausländisches Gericht kann kraft Art. 59 BV allerdings nicht unzuständig werden, weil seine Zuständigkeit sich nach seiner eigenen Prozessordnung bestimmt. International erschöpfen sich die Funktionen des Art. 59 darin, dass eine gegen ihn verstossende ausländische Zuständigkeit in der Schweiz nicht anerkannt und dem Urteil die Wirksamkeit versagt wird. Ein Urteil, das mit Art. 59 BV nicht in Einklang steht, darf in der Schweiz — staatsvertragliche Abreden vorbehalten — nicht vollstreckt werden.

3. Das Bundesgericht lässt einen *Verzicht* des Beklagten auf den ihm garantierten Wohnsitzgerichtsstand zu, und zwar im innerstaatlichen wie im zwischenstaatlichen Verhältnis (s. unten II). Die Folge eines solchen Verzichtes kann nur sein, dass die kraft Art. 59 bestehende ausschliessliche Gerichtsbarkeit des Wohnsitzkantons entfällt. Welches Gericht ausserhalb dieses Kantons — sei es in der Schweiz, sei es im Ausland — nun für die konkrete Streitsache zuständig sei,

---

[1]) Matti 1048.

[2]) Leuch, N. vor Art. 2.

das ist eine Frage, die das Bundesgericht wiederum nicht beantworten kann. Der *Verzicht* auf die Garantie des Art. 59 kann als solcher *ebensowenig* wie die Verfassungsbestimmung selber *eine Zuständigkeit begründen.*

4. Aus diesen Ausführungen ergibt sich der unmittelbare Schluss, dass die Prorogation — welche als Verschiebung einer gerichtlichen Zuständigkeit durch Parteiverhalten definiert wird — und der Verzicht auf die verfassungsmässige Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes zwei *verschiedene Rechtsbegriffe* sind. Trotzdem ist ihnen etwas gemeinsam: der tatsächliche Ausgangspunkt. Die Tatbestände, an welche sich die verschiedenen juristischen Wertungen knüpfen, haben die gleiche Struktur. Kläger und Beklagter vereinbaren, vor oder nach Anhebung des Rechtsstreites, sich einem bestimmten Richter zu unterwerfen, oder der Beklagte legt nach Anhängigwerden der Klage ein Verhalten an den Tag, das als Anerkennung des Richters gedeutet werden muss. Damit verbindet das Prozessrecht die Rechtsfolge der Zuständigkeit des angerufenen bzw. stillschweigend anerkannten Richters, und wir nennen *den mit dieser Rechtsfolge ausgestatteten Tatbestand Prorogation.* Nach dem vom Bundesgericht angewendeten Verfassungsrecht hingegen wird das gleiche Parteiverhalten unter bestimmten Voraussetzungen als Verzicht des Beklagten auf die Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes gedeutet, woraus sich die Wirkung ableitet, dass der *Wohnsitzkanton* des Beklagten seine ausschliessliche *Gerichtsbarkeit verliert,* sofern der von den Parteien anerkannte Richter ausserhalb dieses Kantons amtet.

Wenn die Darstellung dieses Zusammenhanges etwas einlässlich ausgefallen ist, so deswegen, weil die Verwechslungen beider Begriffe nicht auszurotten sind[1]). Nach dem Gesagten ist gegenüber dem Satze, der Verzicht auf die Wohltat des Art. 59 BV komme durch Gerichtsstandsvereinbarung oder durch Einlassung des Beklagten auf den Rechtsstreit

[1]) Als Beispiele dafür siehe Probst 59; Escher 7.

zustande, Vorsicht am Platz. Es werden da zwei technische Ausdrücke verwendet, die im üblichen Sprachgebrauch nicht nur ein Parteiverhalten, sondern auch dessen *prozessuale Rechtswirkung*, nämlich die Begründung einer gerichtlichen Zuständigkeit, bezeichnen. So verstanden, ist der Ausspruch mithin unrichtig. Man wird sich aber darauf einigen dürfen, dass in Verbindung mit Art. 59 BV «Gerichtsstandsvereinbarung» und «Einlassung» eben *nur ein Verhalten der Parteien* und keine Rechtsfolge bedeuten sollen, weil es schwer halten würde, für diese Tatbestände andere, kurze und allgemein verständliche Bezeichnungen zu finden. Wo demnach, solange im folgenden von der Praxis zu Art. 59 BV die Rede ist, die beiden Ausdrücke gebraucht werden, geschieht es immer unter diesem Vorbehalt.

5. In den Paragraphen 2 und 3 wurde zur theoretischen Analyse des Parteiverhaltens, welches zu der Begründung einer gerichtlichen Zuständigkeit führt, wiederholt die bundesgerichtliche Praxis zu Art. 59 BV beigezogen. Dies rechtfertigen die soeben angestellten Überlegungen. Da das Bundesgericht auf seinem Gebiet dieselben Tatbestände zu würdigen hat, darf man, unter der Voraussetzung einer sauberen Trennung der staatsrechtlichen von den prozessualen Rechtsfolgen, seine Erwägungen ruhig zu Rate ziehen. Dies ist um so mehr angezeigt, als das Bundesgericht die einschlägigen Fragen frei von hemmenden verfahrensrechtlichen Schranken, nach Billigkeit und modernen Rechtsgrundsätzen hat prüfen können.

II. Querschnitt durch die bundesgerichtliche Praxis.

1. Eine Vorbemerkung:

In der Lehre von der prorogatio fori ist die Konstruktion eines Verzichts auf Anrufung des gesetzlich zuständigen Richters entbehrlich, weil die Begründung einer nach Gesetz nicht bestehenden Zuständigkeit dadurch, dass die Parteien diese anerkannt haben, ihre hinreichende Rechtfertigung

erhält[1]). Das Bundesgericht aber darf gar nicht untersuchen, ob eine Zuständigkeit begründet wurde, denn diese Frage liegt ausserhalb seines eigenen Kompetenzbereiches[2]). Bei ihm ist die Problemstellung eine durchaus negative: hat der Wohnsitzkanton des Beklagten die ihm gemäss Art. 59 BV zustehende ausschliessliche Gerichtsbarkeit über den betreffenden Rechtsstreit verloren? Dieser Verlust, sagt das Gericht, kommt durch einen Verzicht des Beklagten zustande, weil nur in dessen Interesse die Gerichtsbarkeit des Wohnsitzkantons gewährleistet wurde.

Bei dem von der Praxis verwendeten Begriff des Verzichtes handelt es sich jedoch um eine *Fiktion*. Auf ein Recht kann man nur verzichten, wenn man es kennt. Danach fragt aber das Bundesgericht gar nicht; es rechnet dem Beklagten einfach ein äusseres Verhalten als «Verzicht» zu, ohne sich darum zu kümmern, ob er die verfassungsmässige Garantie kannte und sie preisgeben wollte[3]). Aus praktischen Gründen muss die Methode indessen als durchaus vernünftig bezeichnet werden. Das als Verzicht gewertete Verhalten lässt sich objektiv und klar umschreiben; damit ist der Rechtssicherheit gedient, und aussichtslose oder mindestens zeitraubende Nachforschungen nach den Handlungsmotiven bleiben unterwegen.

Man könnte freilich auch ohne die Fiktion eines Verzichtes operieren, indem man als Grund für den Wegfall der durch Art. 59 garantierten Gerichtsbarkeit einfach die Tatsache bezeichnete, dass der Beklagte ein Gericht ausserhalb seines Wohnsitzkantons ausdrücklich oder stillschweigend *anerkannt* hat[4]), natürlich ohne dass bei dieser tatsächlichen

---

[1]) Vgl. dazu oben 31 ff.

[2]) Selbstverständlich trifft dies nur in der eigentlichen Praxis zu Art. 59 BV zu. Handelt es sich um die Anwendung eines Vollstreckungsvertrages, so kann und muss das Bundesgericht prüfen, ob die Zuständigkeit des ausländischen Gerichtes (als Vollstreckungsvoraussetzung) begründet war (vgl. §§ 5 ff.).

[3]) Vgl. BGE *67*[1] 108.

[4]) Siehe Burckhardt 560.

Feststellung etwas über das Zuständigwerden des betreffenden Gerichtes gesagt würde. Eine solche positive Formulierung, die allerdings mehr vom Gesichtspunkt der Gerichtsbarkeit als von demjenigen eines garantierten Individualrechts ausginge, wäre sogar vorzuziehen. Der Wille des «Verzichtenden», von dem das Bundesgericht immer wieder spricht, kann ja in Wirklichkeit auf nichts anderes als auf die Anerkennung des andern Richters abzielen[1]).

2. Nach der bundesgerichtlichen Praxis erfolgt der Verzicht auf den Schutz des Art. 59 BV in erster Linie durch *ausdrückliche Gerichtsstandsvereinbarung*[2]). Das Erfordernis der *Ausdrücklichkeit* bezieht sich auf den Inhalt der Vereinbarung. Ob diese vom «Verzichtenden» auch durch ausdrückliche *Erklärung* angenommen werden müsse, ist nach den Umständen verschieden zu beantworten. Das Bundesgericht stellt darauf ab, ob die Gerichtsstandsabrede äusserlich als blosse Klausel eines zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts erscheint und als solche bereits in der Offerte zu dessen Abschluss enthalten war, oder ob sie für sich allein getroffen wird. Ist ersteres der Fall, so braucht die Klausel nicht separat unterschrieben zu sein[3]), und die Erklärung, durch welche die Annahme des Hauptvertrags erfolgt, muss auf sie nicht ausdrücklich Bezug nehmen; nach den Gewohnheiten des Rechtsverkehrs rechtfertigt es sich, in dieser Erklärung, sofern sie vorbehaltlos abgegeben wird, gleichzeitig die stillschweigende Annahme der Klausel zu erblicken[4]) (Art. 6 OR). Dies gilt insbesondere für Gerichtsstandsklauseln auf Bestellscheinen[5]) oder in «allgemeinen Verkaufsbedingungen», auch wenn letztere auf einem besondern Blatt (aber anlässlich der Offerte-

---

[1]) Vgl. statt zahlreicher Entscheide BGE *34*[1] 58, *45*[1] 46, *67*[1] 108.

[2]) BGE *34*[1] 58, *36*[1] 604, *45*[1] 46, *49*[1] 49, *56*[1] 17 und zahlreiche andere Entscheide.

[3]) Obschon die rechtliche Selbständigkeit der Klausel an sich anerkannt ist; vgl. BGE *59*[1] 223, *62*[1] 233, *64*[1] 42.

[4]) BGE *36*[1] 604.

[5]) BGE *45*[1] 46.

stellung) übermittelt wurden[1]). Handelt es sich hingegen um eine Gerichtsstandsvereinbarung, die nicht gleichzeitig mit dem zivilrechtlichen Geschäft, sondern als gesonderter Vertrag beispielsweise im Nachgang zu jenem geschlossen wird, so kann nach den Umständen nicht eine bloss stillschweigende Annahme erwartet werden, sondern es bedarf zum gültigen Zustandekommen der Abrede einer ausdrücklichen Erklärung der Partei, welche ihren ordentlichen Gerichtsstand preisgeben soll und damit möglicherweise empfindliche Nachteile auf sich nimmt. Daher genügt es nicht, wenn die in einer Auftragsbestätigung oder Faktur enthaltene Gerichtsstandsklausel unwidersprochen bleibt. Sie stellt nichts anderes dar als eine nach Abschluss des Hauptgeschäftes vorgelegte selbständige Offerte; Stillschweigen ist ihr gegenüber als Ablehnung auszulegen; eine Pflicht des Empfängers, der Gegenpartei seine Stellungnahme kundzugeben, besteht nicht[2]).

Vom *Inhalt* der Klausel wird Ausdrücklichkeit, Deutlichkeit, Unmissverständlichkeit verlangt[3]). Sie muss klar sagen, dass die Parteien sich einem bestimmten Gericht[4]) unterwerfen[5]). War die Klausel so abgefasst, dass der Be-

---

[1]) BGE *58*[1] 98, *62*[1] 84. Beide Urteile beziehen sich allerdings auf das Vollstreckungsabkommen mit Deutschland, doch wird das Bundesgericht fraglos in seiner Rechtsprechung zu Art. 59 BV nicht anders entscheiden, sofern sich dort die gleiche Frage stellt.

[2]) BGE *45*[1] 377, *58*[1] 98, *62*[1] 84. Im gleichen Sinn Appellationshof Bern in ZBJV *38* 166, *67* 33, *67* 78, *68* 46, *68* 80.

[3]) BGE *34*[1] 58, *36*[1] 604, *49*[1] 49, *52*[1] 268, *57*[1] 10.

[4]) An die Stelle der Bestimmtheit kann die blosse Bestimmbarkeit des Gerichtes treten, indem die Vereinbarung einfach auf die Gerichte eines Ortes lautet.

[5]) Ob der Verzicht auf den Schutz des Art. 59 BV nur bezüglich der möglichen Streitigkeiten aus einem bestimmten zivilen Rechtsgeschäft geleistet werden könne, oder ob er sich auf einen weiteren Kreis nach Natur und Bedeutung voraussehbarer Streitigkeiten beziehen dürfe (z. B. auf künftige Differenzen aus einer Geschäftsverbindung zwischen zwei Kaufleuten), hat das Bundesgericht meines Wissens bis jetzt nicht festgelegt. Der weiteren Fassung wäre wohl der Vorzug zu geben. Vgl. Burckhardt 560, ferner oben 10 f.

klagte sie nach ihrem Wortlaut nicht einwandfrei verstehen konnte, dann hat er nicht auf die verfassungsmässige Garantie verzichtet. Mangelnde Deutlichkeit wird auch angenommen, wenn die Klausel an ganz unauffälliger Stelle in den Vertragstext eingeschmuggelt wurde, so dass eine Kenntnisnahme seitens des Unterschreibenden von vornherein unwahrscheinlich war[1]); spezielle Hervorhebung im Text, etwa durch Fettdruck oder besondern Titel, wird dagegen nur dann verlangt, wenn es sich um einen Vertragsschluss handelt, der unmittelbar im Anschluss an kurze mündliche Unterhandlungen durch Unterzeichnung eines vom Antragsteller vorgelegten Vertragsformulars zustande gekommen ist, ohne dass der Unterzeichnende Zeit gehabt hätte, den Akt gründlich zu studieren[2]). Man kann sagen, dass im Normalfall, wo der Abschluss nicht überstürzt erfolgt, die Klausel eine Darstellung erfahren muss, wie sie einer wichtigeren Vertragsbestimmung materieller Natur zukommt. Regelmässig wird ein besonderes Alinea an gut sichtbarer Stelle genügen[3]). Insbesondere reicht es aus, wenn eine Klausel in solcher Aufmachung in den «allgemeinen Bedingungen» eines Vertrages (auf dessen Rückseite oder auf separatem Blatt) figuriert. Das Bundesgericht hat dies in seiner Praxis zum schweizerisch-deutschen Vollstreckungsabkommen wiederholt ausgesprochen; es besteht kein Anlass, den Grundsatz bei der Anwendung des Art. 59 BV nicht auch gelten zu lassen, obgleich die frühere Rechtsprechung zu Art. 59 eine etwas strengere Tendenz aufweist[4]).

Trotzdem die bundesgerichtliche Praxis sich meist mit schriftlichen Gerichtsstandsklauseln zu befassen hat, stellt sie doch nirgends für den Verzicht auf die verfassungsmässige

---

[1]) BGE *49*[1] 49, *52*[1] 268.

[2]) BGE *62*[1] 84.

[3]) Vgl. ZR 1932 Nr. 153, wo der Entscheid des zürcherischen Obergerichts demjenigen des Bundesgerichts entschieden vorzuziehen ist.

[4]) Vgl. BGE *58*[1] 98, *62*[1] 64, *49*[1] 49; Stauffer 40 f.

Garantie das Erfordernis einer besondern *Form* auf. Die Abrede, in welcher der Verzicht gesehen wird, kann demnach (im Sinne des Obligationenrechts) formlos getroffen werden.

Der *Rechtsnachfolger* einer Partei ist im allgemeinen an den durch diese ausgesprochenen Verzicht gebunden. Das Prinzip wurde bereits bei der Behandlung der prozessualen Fragen ausgesprochen: die Vereinbarung bezieht sich im Zweifel auf das materielle Rechtsverhältnis, nicht auf bestimmte Personen; ihre Geltung dauert so lange, wie der sie begründende Tatbestand[1]). Vorbehalten bleiben besondere Abreden oder Umstände, welche dem Verzicht eine rein persönliche Wirkung beilegen. Drittpersonen, die nicht Rechtsnachfolger einer Partei sind, können sich auf den Verzicht berufen, wenn die Abrede den Charakter eines Vertrages zugunsten Dritter trägt, ferner wenn sie als Klausel eines Gesamtarbeitsvertrags auftritt[2]).

Gleiche Wirkung wie einer Gerichtsstandsvereinbarung legt das Bundesgericht der Eintragung einer Zweigniederlassung ins *Handelsregister* bei[3]). Ein solcher Filialeintrag enthält die Äusserung des Willens, sich für die am betreffenden Orte geschlossenen Geschäfte wie ein hier sesshafter Unternehmer behandeln zu lassen; dies wird wegen des öffentlichen Glaubens des Handelsregisters auch dann angenommen, wenn die Zweigniederlassung bloss eine angebliche ist. Dagegen kommt einem Eintrag ins Telephonbuch oder Adressregister niemals eine solche Wirkung zu, denn er tut lediglich kund, dass man die betreffende Person unter dieser Adresse erreichen, sie hier aufrufen oder ihr hierin geschäftliche Mitteilungen zukommen lassen kann.

Von vornherein *ungültig* und daher niemals als Verzicht auf die Garantie des Art. 59 BV zu werten sind Gerichtsstandsvereinbarungen mit *Kleinreisenden*, die beim Aufsuchen von Bestellungen abgeschlossen werden. Dies ergibt sich aus

---

[1]) Vgl oben 21 f.; BGE *33*[1] 741, *56*[1] 508.
[2]) Oben 23 ff.; BGE *41*[1] 97, *62*[1] 18.
[3]) BGE *62*[1] 18.

Art. 11 des Bundesgesetzes über die Handelsreisenden, vom 4. Oktober 1930, einer Vorschrift, die aus Gründen der Sittlichkeit und des Gemeinwohls erlassen worden ist und die von Amtes wegen auch im zwischenstaatlichen Verhältnis berücksichtigt werden muss; mit Recht hat das Bundesgericht ihr rückwirkende Kraft beigelegt [1]).

Die praktisch wichtigste *grundsätzliche Frage*, welche in der soeben skizzierten Rechtsprechung immer wiederkehrt, lautet: Unter welchen Voraussetzungen ist derjenige, welcher einer Gerichtsstandsklausel durch Abgabe einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung zugestimmt hat, an diese Erklärung nicht gebunden, so dass ein Verzicht auf die Garantie des Art. 59 BV daraus nicht hergeleitet werden kann? Wie nicht anders zu erwarten, entnimmt das Bundesgericht die Antwort dem Obligationenrecht [2]). Ob eine Vereinbarung zustande gekommen ist oder nicht, bestimmt sich nach Art. 1 OR:

«Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich.
Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein.»

Bekanntlich legt die schweizerische Praxis der Auslegung dieser Vorschrift die *Erklärungs-* oder *Vertrauenstheorie* zugrunde. Danach ist bei der Willensinterpretation nicht der «innere Wille» des Erklärenden, sondern der dem Erklärungsempfänger erkennbare Wille massgebend. Nicht kraft des «innern Willens», sondern kraft der Willens*erklärung* der Parteien kommt der Vertrag zustande. Das Bundesgericht formuliert das Prinzip wie folgt [3]):

«... nach der in der bundesgerichtlichen Praxis anerkannten Erklärungstheorie bedarf es zu einer wirksamen Willenserklärung nicht notwendig des Bewusstseins ihres Inhaltes. Wer ein Schriftstück unterschreibt und damit einem andern eine Erklärung abgeben will, ohne sich um deren Inhalt zu kümmern, muss diese gegen sich

---

[1]) BGE *58*[1] 81, 304.
[2]) Freilich ohne besonders hervorzuheben, dass es sich nur um *analoge* Anwendung handelt.
[3]) BGE *45*[1] 47.

gelten lassen, sofern nicht dem Empfänger bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein musste, dass der Erklärungsinhalt nicht gewollt sei.»

Das ist klar und einleuchtend. In Wirklichkeit hat das Bundesgericht wohl eine gewisse Einschränkung vorgenommen. Es hat das Zustandekommen einer Vereinbarung auch in Fällen verneint, wo die Divergenz zwischen Willen und Erklärung dem Empfänger nicht mit Sicherheit bekannt sein konnte, sondern wo nach den gesamten Umständen nur *erhebliche Zweifel* an der Übereinstimmung bestehen mussten. Dies trifft zu, wenn die Klausel im Vertragstext nicht hervortritt und der Erklärende nicht genügend Musse hatte, alle Bestimmungen genau zu durchgehen[1]), ferner wenn der Erklärende nur über wenig Geschäftserfahrung verfügt und die Klausel schwierig zu verstehende oder überhaupt nicht eindeutige Ausdrücke enthält[2]), oder wenn die Klausel nicht in der Muttersprache des Erklärenden abgefasst ist[3]). — Diejenige Vertragspartei, die eine Gerichtsstandsvereinbarung vorschlägt, muss sich demnach ihren Partner genau ansehen und ihre Offerte den Umständen dergestalt anpassen, dass sie mit gutem Gewissen annehmen darf, richtig verstanden worden zu sein; insbesondere ist es geraten, dem Partner Zeit zu lassen, den — allfällig vorgedruckten — Vertragstext gründlich zu studieren[4]).

Eine Ausnahme vom Prinzip macht das Bundesgericht beim Lehrvertrag. Es geht von der Tatsache aus, dass die meisten Kantone den Inhalt des Lehrvertrages amtlich vorschreiben (gedrucktes Formular), und argumentiert, bei der Unterzeichnung eines solchen Vertrages müsse jedermann wissen, dass er sich den von der Behörde aufgestellten Bedingungen unterwirft; deshalb anerkennt es hier die Ein-

[1]) BGE *49*[1] 49, *62*[1] 84.
[2]) BGE *52*[1] 268.
[3]) BGE *34*[1] 58.
[4]) BGE *49*[1] 49. Eine Zusammenfassung der aufgezählten Fälle (leider unsystematisch) findet sich in *57*[1] 10. Es wird dort allerdings in unverständlicher Weise von einer Entschuldigung der mangelhaften Aufmerksamkeit des Erklärenden gesprochen.

wendung, die Klausel sei nicht gelesen oder mangels sprachlicher Kenntnisse nicht verstanden worden, überhaupt nicht[1]).

Die Befolgung der Erklärungstheorie in der Lehre vom Vertragsschluss kann Unbilligkeiten nach sich ziehen, indem die eine oder andere Vertragspartei gelegentlich bei einer Erklärung behaftet wird, die sie gar nicht gewollt oder anders verstanden hat. Solche Sachlagen werden im Obligationenrecht durch die weitgehende Berücksichtigung der *Willensmängel*, namentlich des *Irrtums*, korrigiert[2]). Wird trotz der Behauptung einer Partei, der Erklärungsinhalt habe ihrem Willen nicht entsprochen, das Zustandekommen eines Vertrages durch übereinstimmende Willensäusserungen bejaht, so hat das Gericht anschliessend zu prüfen, ob der Vertrag nicht wegen wesentlichen Irrtums, eventuell eines andern Willensmangels, für die betreffende Partei einseitig unverbindlich sei[3]). An der Unverbindlichkeit vermag auch der Umstand, dass der Irrtum durch fahrlässiges Verschulden des Irrenden zustande gekommen ist, nichts zu ändern (Art. 26 OR). Diese allgemein anerkannten Grundsätze hat das Bundesgericht in einer Reihe von obligationenrechtlichen Streitigkeiten ausgesprochen[4]). In einem für uns besonders interessanten Fall aus dem Bürgschaftsrecht[5]) hatte eine Partei eine Erklärung unterschrieben, ohne sie zuvor gelesen zu haben; das Bundesgericht liess die Berufung auf Irrtum zu, und zwar unter der einzigen Voraussetzung, dass der Unterschied zwischen Willen und Erklärung (im Sinne von Art. 24 OR) wesentlich sei — was namentlich besagen will, dass die Erkennbarkeit der Differenz oder der etwaige gute Glaube des Gegners überhaupt keine Rolle spielt.

Genau die gleichen Erwägungen sind, so will mir scheinen, auch auf dem Gebiete der *Gerichtsstandsvereinbarung* anwend-

---

[1]) BGE *56*[1] 17.
[2]) Guhl 57.
[3]) Gysin 204.
[4]) Siehe z. B. BGE *39*[2] 579, *57*[2] 285.
[5]) BGE *49*[2] 178.

bar[1]). Ich sehe keinen Grund, ausgerechnet in diesem Punkt die analoge Anwendung des Obligationenrechts auszuschliessen; im Gegenteil: sie läge ganz im Sinne der Tendenz, den Schuldner wo immer möglich im Genuss der Garantie des Art. 59 BV zu belassen.

Merkwürdigerweise geht das Bundesgericht jedoch andere Wege. In gewissen Fällen hat es die Irrtumsfrage überhaupt nicht aufgeworfen[2]); in andern will es die Behauptung, die Klausel sei gar nicht gelesen worden und ihr Inhalt nie gewollt gewesen, nicht als Berufung auf Irrtum gelten lassen[3]), oder es erklärt, entgegen dem Wortlaut des Art. 26 OR, ein Irrtum könne keine einseitige Unverbindlichkeit der Vereinbarung nach sich ziehen, wenn er fahrlässig verschuldet worden sei[4]). Es bleibt abzuwarten, ob die Praxis bei Gelegenheit eine Klärung erfährt.

Oftmals liesse sich die Lösung vielleicht einfacher finden, wenn man nicht in erster Linie die Übereinstimmung der Willenserklärungen und den Einfluss eventueller Willensmängel untersuchen, sondern vorab prüfen wollte, ob eine Gerichtsvereinbarung mit den *guten Sitten* in Einklang stehe. Die Vereinbarung ist dann im Sinne von Art. 20 OR als nichtig zu betrachten, wenn durch sie der einen (geschäftsunkundigen, finanziell nicht leistungsfähigen) Partei die Wahrung und Verfolgung ihrer Rechte vor Gericht übermässig erschwert würde[5]). Diesem Gesichtspunkt hat das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung meines Wissens noch keine Beachtung geschenkt.

3. Auf den Schutz des Art. 59 BV kann ferner durch *vorbehaltlose Einlassung auf den Rechtsstreit* verzichtet werden.

---

[1]) Siehe oben 14; Stauffer 43.

[2]) So in BGE *54*[1] 74, *56*[1] 17 (im letzten Entscheid — es ist der Fall des Lehrvertrags — hätte zwar der Irrtum konsequenterweise wohl nicht berücksichtigt werden können).

[3]) Vgl. BGE *36*[1] 600, *45*[1] 46.

[4]) BGE *36*[1] 600, *57*[1] 10.

[5]) Eine Anspielung in dieser Richtung findet sich bei Burckhardt 561. Vgl. dazu Berliner 54 f. und dortige Zitate, ferner oben 15.

Mit Recht hat das Bundesgericht auch den Begriff der Einlassung selbständig und ohne Rücksicht auf Formulierungen in kantonalen Prozessgesetzen umschrieben. Einlassung im Sinn eines Verzichtes auf die Verfassungsgarantie liegt vor, wenn der Beklagte — ausdrücklich oder stillschweigend, aber unzweideutig — dem Gericht gegenüber den Willen bekundet hat, vorbehaltlos zur Hauptsache zu verhandeln[1]). Damit hat er zum Ausdruck gebracht, dass er gleich dem Kläger den Richter anerkennt und sich dessen Entscheidung unterziehen will. Es würde gegen das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben verstossen, wollte man dem Beklagten, der sich so verhalten hat, nachträglich noch die Berufung darauf gestatten, dass er vor seinem Wohnsitzrichter belangt werden müsse[2]).

«*Hauptsache*» ist das materielle, vom Richter abzuurteilende Rechtsverhältnis. Es gibt gewisse Grenzfälle, wo man sich fragen kann, ob in der Stellungnahme des Beklagten eine Verhandlung zur Hauptsache liege. Zu bejahen ist dies, wenn der Beklagte eine Widerklage erhebt[3]). Keine Verhandlung zur Hauptsache bedeutet dagegen ein Gesuch um Verlängerung der Frist zur Beantwortung der Klage[4]) oder um Erteilung des Armenrechts[5]), ein Begehren um Ansetzung eines neuen Termins[6]) oder eine an die Gegenpartei

---

[1]) Bis vor kurzem nahm das Bundesgericht an, die Einlassung könne auch durch eine Willenskundgebung an die Gegenpartei erfolgen. Von dieser Meinung ist es aber in BGE *68*[1] 162 ausdrücklich abgegangen. Im gleichen Urteil hat das Gericht entschieden, eine nach der lex fori ungültige Eingabe an ein ausländisches Gericht dürfe nicht als vorbehaltlose Einlassung betrachtet werden.

[2]) Vgl. statt zahlreicher Entscheide BGE *33*[1] 90, *46*[1] 247, *57*[1] 22.

[3]) BGE 7 19, *34*[1] 708. Eine andere Frage ist, ob der Richter auch zur Behandlung der Widerklage zuständig sei; nach bundesgerichtlicher Praxis bildet Art. 59 BV in dieser Hinsicht kein Hindernis, wenn Hauptklage und Widerklage ganz oder teilweise auf gleicher Grundlage beruhen. Vgl. BGE *47*[1] 180, *58*[1] 167.

[4]) BGE *35*[1] 68, *52*[1] 133.

[5]) BGE *35*[1] 68.

[6]) BGE *3* 618.

gerichtete Aufforderung, sich zu legitimieren[1]). Gleiches gilt von der Erhebung eines Rechtsvorschlags[2]). Ganz allgemein unerheblich ist jegliche Handlung des Beklagten vor Anhängigwerden der Klage, beispielsweise im Sühneverfahren, selbst wenn der Beklagte sich damals zu dem vom Kläger erhobenen Anspruch geäussert hat[3]).

Der *Wille*, zur Hauptsache zu verhandeln, muss *unzweideutig* zum Ausdruck gebracht worden sein und darf nicht bloss fingiert werden. Ein rein passives Verhalten des Beklagten, beispielsweise Nichterscheinen vor Gericht, begründet niemals einen Verzicht auf die Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes. Wer bei einem Richter, dem gemäss Art. 59 BV die Zuständigkeit abgeht, belangt wird, ist vor ihm zu keinerlei Vorkehren verpflichtet, also auch nicht zur Bestreitung der Zuständigkeit in den Formen des kantonalen Prozessrechts[4]).

«*Vorbehaltlos*» verhandelt zur Hauptsache, wer dabei die Unzuständigkeit des Richters nicht geltend macht. Das Bundesgericht verlangt in dieser Hinsicht, dass der Beklagte vor oder spätestens gleichzeitig mit seiner ersten Stellungnahme zur Hauptsache den Richter ersuche, sich unzuständig zu erklären, wobei dem Beklagten allerdings nicht in jedem Fall die Beobachtung sämtlicher Formvorschriften des kantonalen Zivilprozessrechts zuzumuten ist[5]). Dabei genügt es indessen nicht, dass der Beklagte durch einen farblosen allgemeinen Vorbehalt[6]) bloss nebenher die Kompetenz

---

[1]) BGE *4* 353.

[2]) BGE *30*[1] 665.

[3]) BGE *52*[1] 133.

[4]) BGE *52*[1] 133; Burckhardt 562.

[5]) BGE *57*[1] 23. Beispielsweise hat sich der Beklagte vom Standpunkt des Bundesrechtes nicht vorbehaltlos eingelassen, wenn er es versäumte, für die von ihm erhobene Einrede der Unzuständigkeit rechtzeitig den Beweis anzutragen. BGE *46*[1] 247. Überhaupt ist das im kantonalen Recht allfällig geltende Präklusionsprinzip unbeachtlich.

[6]) «Le défendeur se réserve ses exceptions» oder «sans entrer en matière sur le fond». BGE *4* 353.

bestreitet und sich in erster Linie zu klägerischem Anspruch äussert; die Stellung von Eventualbegehren zur Hauptsache wird als Anerkennung des Richters aufgefasst, sofern der Beklagte nicht darauf besteht, dass die Kompetenzfrage vorab erledigt werde[1]). Wer die Unzuständigkeit des Richters erst in der zweiten Prozesseingabe geltend macht, nachdem er in einer ersten Vorkehr den materiellen Anspruch ohne Vorbehalte diskutierte, hat sich eingelassen[2]). Dagegen ist das Erfordernis der Vorbehaltlosigkeit nicht erfüllt, wenn der Beklagte die Zuständigkeit der ersten Instanz bestritten hat, jedoch ein an sich mögliches Rechtsmittel gegen den die Einrede verwerfenden Zwischenentscheid nicht ergreift und Anträge zur Hauptsache stellt[3]).

In einem Entscheide neueren Datums, der im übrigen die frühere Praxis durchaus bestätigt, hat das Bundesgericht beiläufig bemerkt, die vorbehaltlose Verhandlung sei ausnahmsweise nicht als Verzicht auf die verfassungsmässige Garantie auszulegen, wenn besondere Umstände die Annahme rechtfertigten, es habe die Anerkennung des Gerichtsstandes nicht im Willen des Beklagten gelegen[4]). Welcher Art diese Umstände sein müssten, wird jedoch nicht positiv ausgeführt. Ein Irrtum des Beklagten über die Möglichkeit, gestützt auf Art. 59 BV die Kompetenz zu bestreiten, ist nicht in Betracht zu ziehen, denn es spielt gar keine Rolle, ob er die Verfassungsbestimmung kannte oder nicht. Täuschung oder Drohung könnte dagegen in Frage kommen. In erster Linie ist jedoch an den Fall zu denken, wo der mit der Sache befasste Richter nach dem für ihn massgebenden Rechte zuständig ist, so dass die Einrede der Unzuständigkeit gar keine Aussicht auf Erfolg hätte. Dies wird nicht selten im Prozess vor einem

---

[1]) BGE *57*[1] 23; Burckhardt 563.

[2]) BGE *67*[1] 108.

[3]) BGE *23* 1576.

[4]) BGE *67*[1] 108. Das Urteil verweist auf *6* 536, wo sich die gleiche Bemerkung vorfindet.

ausländischen Richter zutreffen, etwa wenn nach dessen Recht der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gegeben ist. Gleich ist die Sachlage im Adhäsionsverfahren vor einem schweizerischen Strafgericht. (Nach feststehender Praxis kann der Angeschuldigte sich gegenüber einer adhäsionsweise geltend gemachten Zivilklage aus der unerlaubten Handlung nicht auf Art. 59 BV berufen[1]); wenn er jedoch freigesprochen wird, tritt die verfassungsmässige Garantie wieder in Funktion.) Wo dem Beklagten dergestalt die Geltendmachung der richterlichen Unzuständigkeit von vornherein abgeschnitten war, geht es nicht an, seine vorbehaltlose Verhandlung zur Hauptsache ohne weiteres als Anerkennung des Richters auszulegen[2]). Es rechtfertigt sich vielmehr, eine Umkehrung der Vermutung eintreten zu lassen und keinen Verzicht auf den Schutz des Art. 59 BV anzunehmen, unter Vorbehalt des Nachweises, dass der Beklagte die Kompetenzbestreitung nicht deshalb unterlassen hat, weil er sie wegen der besondern Rechtslage als aussichtslos betrachtete[3]). Jedoch muss beachtet werden, dass diese Argumentation nicht Platz greifen darf, wenn die Vollstreckung eines ausländischen Urteils gestützt auf einen Vollstreckungsvertrag nachgesucht wird, der die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten als Zuständigkeitsgrund aufführt[4]).

---

[1]) BGE *52*[1] 52 und dort zitierte Entscheide.

[2]) Vgl. BGE *9* 141.

[3]) Leuch (N. 5 zu Art. 401) möchte noch weiter gehen und generell keinen Verzicht auf Art. 59 BV annehmen, wenn der Beklagte vor einem ausländischen, nach seinem Recht zuständigen Richter vorbehaltlos zur Hauptsache verhandelt hat (vgl. auch Nussbaum 401 und Zitate). Allein wenn dem Beklagten gar nicht bekannt war, dass er mit einer Unzuständigkeitseinrede nicht durchdringen könne, wenn er sich überhaupt um die Zuständigkeitsfrage nicht gekümmert hat, besteht kein Anlass, sein Verhalten nicht als Anerkennung des Richters auszulegen.

[4]) Über die Frage der «Vorbehaltlosigkeit» der Einlassung (als Zuständigkeitsgrund in den Vollstreckungsverträgen) vgl. unten 105 ff.; Leuch, N. 5 zu Art. 401.

Der in der Einlassung auf den Rechtsstreit liegende Verzicht auf die Garantie des Art. 59 BV wirkt unter gewissen Voraussetzungen in einem späteren Prozess weiter, sofern dieser sachlich nur eine Fortsetzung des begonnenen Verfahrens bildet, selbst wenn der neue Prozess formell selbständigen Charakter hat. Vgl. darüber oben 37.

Zweiter Teil.

Die prorogatio fori als Zuständigkeitsgrund in den Vollstreckungsverträgen

§ 5.

Allgemeine Vorbemerkungen.

I. Die Prorogation im zwischenstaatlichen Verhältnis.

1. Unter «*internationaler Prorogation*» ist eine auf Parteiverhalten beruhende Verschiebung der Zuständigkeit zu verstehen, die über den Geltungsbereich *einer* Rechtsordnung hinauswirkt [1]).

Die internationale Prorogation ist nicht nur ein Zuständigkeitsgrund, sondern sie beeinflusst auch den Umfang der Gerichtsbarkeit [2]). Wird kraft Prorogation ein ausländisches Gericht zuständig, so fällt der Rechtsstreit unter die Gerichtsbarkeit des Staates, dem dieses Gerichts angehört, und umgekehrt kann er der inländischen Gerichtsbarkeit vollständig entzogen werden. Letzteres ist dann der Fall,

[1]) Vgl. Berliner 11. Es handelt sich hier regelmässig nur um die Verschiebung der *örtlichen* Zuständigkeit. Allerdings ist auch bei einer internationalen Prorogation denkbar, dass durch das Verhalten der Parteien ein nicht nur örtlich, sondern auch sachlich oder funktionell unzuständiges Gericht Zuständigkeit erlangt. Der Fall wird jedoch selten praktisch werden. Zudem sind sachliche und funktionelle Zuständigkeit reine internrechtliche Belange; die international erhebliche Frage ist die der örtlichen Zuständigkeit, die untrennbar verknüpft ist mit derjenigen der Gerichtsbarkeit. Die nachfolgenden Erörterungen werden daher von diesen Gesichtspunkten allein handeln, und es wird der Einfachheit halber für die vertragliche Prorogation der gangbare Ausdruck «Gerichtsstandsvereinbarung» verwendet werden.

[2]) Vgl. Nussbaum 401; Berliner 24 ff.

wenn die Parteien dem fremden Gericht durch Vereinbarung ausschliessliche Zuständigkeit beilegen. Die inländische Gerichtsbarkeit erfährt aber auch durch nichtausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung oder durch die Einlassung des Beklagten auf den Rechtsstreit eine Schmälerung, wenn das ausländische Gericht auf die Klage eintritt und ein Urteil in der Sache erlässt.

Das *schweizerische Recht* stellt im allgemeinen einer derartigen Beschränkung der schweizerischen Gerichtsbarkeit kein Hindernis entgegen. Voraussetzung für die Anerkennung der Prorogation und damit der ausländischen Gerichtsbarkeit ist nur, dass der Rechtsstreit nicht unter eine zwingende eidgenössische oder kantonale Zuständigkeitsnorm fällt und dass der Beklagte auf die Garantie des Art. 59 BV rechtsgültig verzichtet hat[1]). Auch nach *deutschem*, *französischem*, *spanischem* und *tschechoslowakischem* Recht ist die Prorogation an ein ausländisches Gericht im Prinzip gestattet[2]). Dagegen verbietet *Italien*, dass seine Gerichtsbarkeit über eigene Staatsangehörige, die im Königreich wohnen, durch Parteivereinbarung beschränkt werde[3]), und Schweden gestattet Gerichtsstandsvereinbarungen überhaupt nicht[4])[5]).

---

[1]) Sofern die Garantie auf ihn überhaupt anwendbar ist.

[2]) Vgl. Berliner 31 ff.

[3]) Art. 2 C pr c it; vgl. unten 108 ff.; Berliner 28; Nussbaum 402.

[4]) Vgl. unten 115; Berliner 30.

[5]) Gegen die allgemeine Zulassung der internationalen Prorogation sind auch Bedenken geäussert worden, die von anderen Gesichtspunkten als demjenigen der Gerichtsbarkeit ausgehen. So hat Verbeek (89 f.) mit einiger Berechtigung hervorgehoben, dass eine Partei mit wenig Geschäftserfahrung durch unbesonnene Vereinbarung eines Gerichtsstandes im Ausland sich die grössten Schwierigkeiten für einen künftigen Prozess bereiten kann, weshalb zu verlangen sei, dass derlei Abreden nur unter Kaufleuten zugelassen würden (was praktisch durch Art. 11 des schweizerischen Handelsreisendengesetzes erreicht wird). Die Einlassung auf den Rechtsstreit soll nach Verbeek im internationalen Verhältnis überhaupt keine Zuständigkeit begründen können, weil sonst der Beklagte zu sehr benachteiligt werde und weil es überhaupt an einer vernünftigen örtlichen Anknüpfung fehle.

2. Nach welchem Recht ist zu prüfen, ob die rechtsgeschäftlichen Gültigkeitserfordernisse einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung erfüllt sind oder ob das Verhalten des Beklagten vor Gericht als Einlassung auf den Rechtsstreit zu bewerten sei?

Jedes Gericht, dessen Zuständigkeit von der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit einer internationalen Prorogation abhängt, legt der Entscheidung darüber sein eigenes Recht *(lex fori)* zugrunde[1]). So beurteilt das prorogierte Gericht nach seinem Recht, ob es durch das Verhalten der Parteien zur Entscheidung der Streitsache zuständig geworden ist (wie auch, was allerdings in einen andern Zusammenhang gehört, ob ihm gegebenenfalls ein Ablehnungsrecht zusteht). Wird unter Berufung auf die Ungültigkeit oder die Nichtausschliesslichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung beim «an sich» zuständigen Gericht geklagt, so erkennt dieses wiederum nach der lex fori, ob ihm durch die Vereinbarung die Zuständigkeit und seinem Staate die Gerichtsbarkeit über den Rechtsstreit verloren gegangen sei oder nicht. Für das schweizerische Recht ist hier zu beachten, dass die kantonalen Prozessgesetze die Prorogation positiv nur so weit normieren, als kraft ihrer ein Gericht des betreffenden Kantons zuständig werden kann. Mit der Abgabe der Zuständigkeit bzw. mit dem Dahinfallen der kantonalen Gerichtsbarkeit befassen sich diese Gesetze nicht[2]). Vorbehalten bleiben bloss die zwingenden, durch Parteiverhalten nicht zu eliminierenden Zuständigkeitsregeln für einzelne Arten von Streitigkeiten. Dagegen haben wir im Bundesrecht eine wichtige, vom derogierten schweizerischen Richter zu be-

[1]) Vgl. Leuch, N. 1 zu Art. 27, N. 5 zu Art. 401; Nussbaum 402 f; Berliner 60 ff.

[2]) Wo daher ein Prozessgesetz, wie die bernische ZPO in Art. 27, für die Gerichtsstandsvereinbarung eine besondere *Form* verlangt, bezieht sich diese Vorschrift bloss auf das Zuständigwerden des einheimischen Richters; sie bedeutet nicht, dass die Gerichtsbarkeit des Kantons nur kraft einer Gerichtsstandsvereinbarung dahinfallen könne, die unter Einhaltung der betreffenden Form abgeschlossen wurde. Vgl. Leuch, N. 1 zu Art. 27.

rücksichtigende Vorschrift, die die Voraussetzungen für die Abgabe der Gerichtsbarkeit ans Ausland für die persönlichen Klagen umschreibt: den Art. 59 BV, wie ihn die Praxis auslegt. Welche Erfordernisse danach eine Gerichtsstandsvereinbarung erfüllen muss, damit kraft ihrer der Wohnsitzgerichtsstand des Schuldners wegfällt, wurde in § 4 ausgeführt. Über zwingende bundesrechtliche Gerichtsstandsnormen vgl. oben 12 f.

Der derogierte inländische Richter, vor dem der Kläger geltend macht, die auf ein ausländisches Gericht lautende Gerichtsstandsvereinbarung habe nicht ausschliesslichen Charakter oder sei überhaupt ungültig, kommt indessen mit der lex fori allein nicht immer aus. Gelangt er entgegen der Ansicht des Klägers zum Schluss, er sei nach der lex fori nicht zuständig, weil gemäss dieser die Vereinbarung als gültig und ausschliesslich betrachtet werden müsse, so besteht die Möglichkeit, dass dem Kläger die Rechtsverfolgung gänzlich verunmöglicht wird; denn vielleicht ist der von den Parteien angerufene ausländische Richter nach seinem Recht ebenfalls unzuständig, weil dieses die Prorogation allgemein nicht anerkennt oder besondere Formvorschriften aufstellt. Ob solches der Fall ist, kann der einheimische Richter nur nach dem ausländischen Rechte prüfen und muss es tun. Ist wirklich ein negativer Kompetenzkonflikt vorauszusehen, so wird der Richter die Ausschliesslichkeit der Prorogation, weil gegen die guten Sitten verstossend, verneinen und aus diesem Grund die Beurteilung des Rechtsstreits selber an die Hand nehmen[1]).

Hat das prorogierte ausländische Gericht ein Urteil in der Sache gefällt und wird nunmehr dessen Vollstreckung im Inland verlangt, so ist im Verfahren der Vollstreckbarerklärung wiederum nach inländischem Recht zu prüfen, ob

[1]) Nach Berliner 39 fiele die Prorogation überhaupt dahin. Man kann auch das annehmen. Wesentlich ist, dass die Zuständigkeit des inländischen Richters nicht verloren geht. Vgl. dazu auch Nussbaum 404 und Hellwig *2* 279.

eine Prorogation zustande gekommen und daher die Gerichtsbarkeit ans Ausland übergegangen war[1]). Hier liegt eines der Hauptanwendungsgebiete des Art. 59 der schweizerischen Bundesverfassung.

Diskutiert werden könnte, nach welchem Recht im Verfahren der Vollstreckbarerklärung die materielle Verbindlichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung zu prüfen ist, wenn mit dem Urteilsstaat ein Vollstreckungsvertrag besteht, der die vertragliche Prorogation als Zuständigkeitsgrund aufführt. Hierher gehört z. B. die Frage, in welcher Form eine Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen sein müsse; die Vollstreckungverträge stellen in dieser Hinsicht keine ausdrückliche Vorschrift auf. Im allgemeinen wird die Entscheidung ebenfalls dem Recht des Vollstreckungsstaates zu entnehmen sein; anders hat das Bundesgericht allerdings im Verhältnis zu Frankreich entschieden[2]). Vgl. darüber unten 73 und 102 f.

II. Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung.

1. Grundgedanke bei der Vollstreckung ausländischer Urteile ist der Versicht auf die «révision au fond», das ist die materielle Überprüfung der zu vollziehenden Entscheide. Ein Urteil wird, sofern es gewisse formale Voraussetzungen erfüllt, als inhaltlich richtig hingenommen, und der Vollstreckungsstaat stellt seine Macht zur Verfügung, damit dem Befehl des ausländischen Richters Nachachtung verschafft werde[3]). Mit andern Worten: der Vollstreckungsstaat verzichtet — kraft seiner eigenen Souveränität und in An-

[1]) Berliner 62.

[2]) BGE *15* 231, *34*[1] 748, *48*[1] 90, *64*[1] 42.

[3]) Staatsvertragliche Vollstreckungspflicht schliesst zugleich die Anerkennungspflicht in sich. Die Voraussetzungen für Urteilsanerkennung und -vollstreckung sind dieselben (abgesehen etwa vom Erfordernis der Vollstreckbarkeit nach dem Rechte des Urteilsstaates). Hingegen besteht ein Unterschied im Verfahren: über die Anerkennung kann inzidenter in irgendeinem Prozess, in dem das Urteil geltend gemacht wird, entschieden werden, während die Vollstreckung ein Rechtsöffnungs- oder Exequaturverfahren erfordert.

erkennung der Gleichberechtigung des Urteilsstaates — auf die Ausübung seiner Gerichtsbarkeit.

Wohl die wichtigste der erwähnten Voraussetzungen für die Vollstreckung ist die, dass das Urteil von einem zuständigen Gericht ausgeht. Urteile unzuständiger ausländischer Gerichte werden grundsätzlich nicht vollstreckt. In diesem Zusammenhang ist somit die Zuständigkeit in einer neuen Funktion zu betrachten. War sie im Erkenntnisverfahren Sachentscheidungsvoraussetzung, so tritt sie im Verfahren der Vollstreckbarerklärung [1]) als *Vollstreckungsvoraussetzung* auf. Als solche wird sie im Vollstreckungsstaat in jedem einzelnen Fall einer unabhängigen Nachprüfung unterzogen. Diese Prüfung pflegt mit besonderer Gründlichkeit vorgenommen zu werden, wenn die Zuständigkeit aus einer Prorogation hergeleitet wird.

2. Der Vollstreckungsstaat will unter bestimmten Voraussetzungen seine Gerichtsbarkeit nicht ausüben, sondern anerkennt diejenige des ausländischen Staates. Welches besondere Gericht in diesem Staat geurteilt hat, ist vom Standpunkt der Vollstreckung eigentlich wenig bedeutungsvoll; als wesentlich muss der Vollstreckungsstaat hingegen eine saubere, seine eigenen Interessen nicht gefährdende Abgrenzung der Gerichtsbarkeit betrachten. Nach der heute herrschenden Ansicht sollte daher im Vollstreckungsstaat die Zuständigkeit anerkannt werden, wenn sie gemäss den bei ihm geltenden Grundsätzen irgendeinem Gericht des Urteilsstaates (oder, mit andern Worten: dessen *Gerichten* überhaupt) zukam. Man spricht in diesem Sinne von «*abstrakter*» oder «*internationaler*» Zuständigkeit [2]). Im Gegensatz

[1]) Unter diesem Ausdruck soll im folgenden, soweit es sich um schweizerische Verhältnisse handelt, sowohl das Exequatur- als auch das Rechtsöffnungsverfahren verstanden sein. Die Gleichstellung wird im Sitzungsprotokoll der Verhandlungen zum schweizerisch-deutschen Vollstreckungsabkommen ausdrücklich ausgesprochen, siehe BBl 1929 *3* 538.

[2]) Die Ausdrücke meinen nichts anderes als die *Gerichtsbarkeit*. Neuner 1; Berliner 24; Leuch, N. 5 zu Art. 401; Alexander 8; Merz 47 ff.; Probst 57; Verbeek 37 ff.

dazu muss allerdings auf die *(«konkrete»)* Zuständigkeit gerade des urteilenden Gerichtes abgestellt werden, wenn das positive Recht es ausdrücklich verlangt. Dies trifft beispielsweise zu beim schweizerisch-französischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsvertrag [1]), ferner wahrscheinlich bei Art. 401 Ziff. 2 der bernischen ZPO [2]).

Ob dem Urteilsstaate nach den Grundsätzen des Vollstreckungsstaates «abstrakte» Zuständigkeit (Gerichtsbarkeit) zukomme, lässt sich auf zwei Arten untersuchen. Einmal kann, was allerdings wenig gebräuchlich ist, positiv danach gefragt werden, ob gemäss dem Recht des Vollstreckungsstaates ein Gericht des Urteilsstaates zuständig war («positives System»). Oder die Frage wird negativ gestellt: Schliessen die im Vollstreckungsstaate geltenden Grundsätze die Gerichtsbarkeit des Urteilsstaates nicht aus? Dieser Methode («negatives System») folgte die V. Haager Konferenz für internationales Privatrecht von 1925 bei der Aufstellung ihres berühmt gewordenen «Projet d'une convention sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires» [3]), und sie ist hierin für die in den darauffolgenden Jahren von der Schweiz abgeschlossenen Vollstreckungsverträge wegweisend geworden. Beim «negativen System» steht wirklich das Wesentliche im Vordergrund, dass nämlich im Vollstreckungsstaat selbständig geprüft wird, ob kein Übergriff auf die eigene Gerichtshoheit vorliege. Dies träfe in den Fällen zu, wo der Vollstreckungsstaat kraft staatsrechtlicher oder pro-

---

[1]) Siehe unten 71; Leresche 34.

[2]) Die Auslegung dieser Bestimmung ist allerdings nicht abgeklärt. Vgl. ZBJV *65* 170; BGE *54*[1] 252; Leuch, N. 5 zu Art. 401.

[3]) Art. 1er: L'autorité des décisions judiciaires, rendues en matière civile ou en matière commerciale dans l'un des Etats contractants, sera reconnue dans l'autre Etat si elles réunissent les conditions suivantes:

1° que, pour le litige en question, les règles de compétence judiciaire internationale, admises par le droit de l'Etat dans lequel la décision est invoquée, n'excluent pas la juridiction de l'autre Etat;

2° ...

Vgl. Merz 12, 32 ff.

zessualer Normen die ausschliessliche Gerichtsbarkeit für sich in Anspruch nimmt. Man findet deshalb auch die ebenfalls dem «negativen System» entsprechende Formel, dass der Vollstreckungsstaat das ausländische Urteil nicht anerkennt, wenn er selber für seine Gerichte die ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht[1]); die Umschreibung ist etwas enger als die im Haager Entwurf verwendete, indem sie dem Vollstreckungsstaat nicht gestattet, die Urteilsvollstreckung mit der Begründung zu verweigern, dass nach seinem Recht die Gerichte eines dritten Staates allein zuständig seien[2]).

3. In den *Vollstreckungsverträgen* werden die Voraussetzungen festgelegt, unter welchen sich die Vertragsstaaten die gegenseitige Vollstreckung von Zivilurteilen zusichern. Die von der Schweiz abgeschlossenen Verträge stimmen darin überein, dass sie unter diesen Voraussetzungen die Zuständigkeit des Gerichtes, von dem das Urteil ausgeht, an erster Stelle nennen. Nach welchen Grundsätzen und Methoden sich jedoch entscheidet, ob das Erfordernis der Zuständigkeit erfüllt sei, wird in den einzelnen Verträgen verschieden beantwortet und muss in den folgenden Paragraphen gesondert betrachtet werden.

Mit einer einzigen Ausnahme spielt die Zuständigkeit in den Vollstreckungsverträgen keine andere Rolle als die einer Vollstreckungsvoraussetzung. Das bedeutet, dass die in einem Vollstreckungsvertrag enthaltene Normierung im Erkenntnisverfahren nicht Platz greift; bei der Entscheidung über seine eigene Zuständigkeit (als Sachentscheidungsvoraussetzung) darf der urteilende Richter nicht auf den Vollstreckungsvertrag abstellen, sondern hat sich an seine landesrechtliche Kompetenzordnung, die eventuell durch anderweitige staatsvertragliche Gerichtsstandsregeln ergänzt wird, zu halten[3]). Nur im Verhältnis zu Frankreich gilt dieser

[1]) Vgl. Art. 1 des Vollstreckungsabkommens mit Deutschland.
[2]) Petitpierre 31.
[3]) Probst 56.

Grundsatz nicht. Der schweizerisch-französische Vertrag ist in seinem ersten Teil ein echter Gerichtsstandsvertrag und regelt als solcher, die beiden Staaten in dieser Hinsicht zu einem Rechtsgebiet vereinend, die Zuständigkeit auch als Voraussetzung der Sachentscheidung[1]).

Soweit ein Vollstreckungsvertrag die Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung regelt und nicht selber Vorbehalte macht, kann sich der verurteilte Beklagte im Verfahren der Vollstreckbarerklärung nicht auf landesrechtliche Normen des Vollstreckungsstaates berufen, nach welchen die Zuständigkeit des ausländischen Gerichtes nicht gegeben wäre. In diesem Umfang findet demnach auch Art. 59 BV keine Anwendung; immerhin kann er zur Auslegung des Staatsvertrages beigezogen werden, sofern dessen Bestimmungen auf ihn Rücksicht genommen haben[2]) — worauf die Schweiz beim Abschluss ihrer Vollstreckungsverträge allerdings stets peinlich bedacht war.

4. Nach sämtlichen von der Schweiz abgeschlossenen Vollstreckungsverträgen kann die Zuständigkeit des urteilenden Gerichts (als Vollstreckungsvoraussetzung) durch *Parteivereinbarung* oder durch *Einlassung* des Beklagten auf den Rechtsstreit begründet werden. Die Prorogation in dieser besondern Funktion als Zuständigkeitsgrund in den Vollstreckungsverträgen zu betrachten, ist die Aufgabe der nachfolgenden Paragraphen. Es wird dabei angezeigt sein, den Zuständigkeitsgrund der Prorogation jedesmal in den Rahmen der im betreffenden Vertrag enthaltenen allgemeinen Regelung der Zuständigkeit zu stellen.

Eine generelle Bemerkung betreffend die *Einlassung* des Beklagten auf den Rechtsstreit sei hier noch vorweggenommen: Alle zu besprechenden Staatsverträge stellen die Vollstreckungsvoraussetzung der richtigen *Ladung* des Beklagten auf; es ist ein Grundsatz, dass ein Urteil nicht vollstreckt werden soll, wenn der Beklagte nicht Gelegenheit

[1]) Siehe unten 67 ff.
[2]) Vgl. BGE 57[1] 22.

hatte, sich zu verteidigen. Ist aber diese Verteidigung wirklich erfolgt, indem der Beklagte sich auf den Prozess eingelassen, d. h. Anträge zur Hauptsache gestellt hat, so wird das Erfordernis der richtigen Ladung belanglos. Die neueren Abkommen (mit der Tschechoslowakei, Deutschland, Italien und Schweden) verlangen sie daher ausdrücklich nur bei Säumnisurteilen; allein auch nach den Verträgen mit Frankreich und Spanien, die eine solche Beschränkung nicht enthalten, ist anzunehmen, dass die Einlassung des Beklagten den Mangel der unkorrekten Ladung heilt. Mit der Einlassung auf den Rechtsstreit verwirkt daher der Beklagte in allen Fällen das Recht, sich auf unrichtige Ladung zu berufen[1]).

III. Vollstreckungsverträge.

Die von der Schweiz abgeschlossenen, heute noch geltenden Vollstreckungsverträge sind folgende:

1. Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen, vom 15. Juni 1869[2]). Er gilt auch für Algier, Tunis und die französische Protektoratszone von Marokko.

2. Vertrag zwischen der Schweiz und Spanien über die gegenseitige Vollziehung von Urteilen in Zivil- und Handelssachen, vom 19. November 1896[3]), anwendbar auch auf die spanische Protektoratszone von Marokko.

3. Vertrag zwischen der Schweiz und der tschechoslowakischen Republik über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, vom 21. Dezember 1926[4]). Dieser Vertrag nimmt heute allerdings eine Sonderstellung ein, da die tschechoslowakische Republik zu existieren aufgehört hat. Jedoch besteht die Slowakei als selbständiger Staat weiter, und es ist anzunehmen, dass sie nunmehr als

---

[1]) Probst 108; BGE *58*[1] 185.
[2]) AS *9* 1002; Botschaft in BBl 1869 *2* 476.
[3]) AS *16* 780; Botschaft in BBl 1897 *3* 493.
[4]) AS *45* 24; Botschaft in BBl 1927 *1* 369.

Vertragspartner gelten darf. Zur Stunde, da die vorliegende Arbeit verfasst wird, ist zwischen der Schweiz und der Slowakei ein Notenwechsel in Vorbereitung, der die Fortdauer des Vertrages in diesem Sinne ausdrücklich feststellen soll.

4. Abkommen zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reich über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen, vom 2. November 1929[1]). Gemäss einem Notenaustausch vom 30. Juni 1941[2]) gilt das Abkommen vom 1. Oktober 1941 hinweg auch für die Reichsgaue der Ostmark (früher Österreich). Die vor dem 1. Oktober 1941 in den Reichsgauen der Ostmark ergangenen Entscheidungen werden in der Schweiz und die vor diesem Stichtag ergangenen Entscheidungen der schweizerischen Gerichte werden in den Reichsgauen der Ostmark noch nach Massgabe des schweizerisch-österreichischen Vertrages vom 15. März 1927 anerkannt und vollstreckt. Für die Feststellung, wann eine Entscheidung ergangen ist, soll der Tag massgebend sein, an dem sie in erster Instanz gefällt wurde. (Von einer Einbeziehung des schweizerisch-österreichischen Vollstreckungsvertrages in diese Arbeit kann abgesehen werden, weil er gemäss dem Notenwechsel heute nur noch in seltenen Übergangsfällen zur Anwendung kommen wird.)

Ebenfalls erstreckt sich die Gültigkeit des schweizerisch-deutschen Abkommens auf den Reichsgau Sudetenland und das Protektorat Böhmen und Mähren. Stichtag für den Beginn dieser Wirkungen ist für das Sudetenland der 11. Oktober 1938, für das Protektorat der 16. März 1939. Auf Entscheidungen, die vor diesen Daten gefällt wurden, bleibt der schweizerisch-tschechoslowakische Vollstreckungsvertrag vom 21. Dezember 1926 anwendbar.

5. Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung gericht-

[1]) AS *46* 498; Botschaft in BBl 1929 *3* 531.
[2]) AS *57* 861.

licher Entscheidungen, vom 3. Januar 1933[1]). Art. 16 des Abkommens sieht vor, dass es im gemeinsamen Einverständnis beider Staaten durch Notenwechsel auf die italienischen Kolonien ausgedehnt werden kann.

6. Abkommen zwischen der Schweiz und Schweden über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen, vom 15. Januar 1936[2]).

Die von einzelnen schweizerischen Kantonen mit ausländischen Staaten abgeschlossenen Vollstreckungsverträge werden in den nachstehenden Ausführungen nicht berücksichtigt.

§ 6.

Im Vertrag mit Frankreich.

I. Die Ordnung der Zuständigkeit im Staatsvertrag.

1. Der Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen umfasst, seinem Titel entsprechend, zwei Teile, deren jedem nach Doktrin und Praxis *selbständige Bedeutung* zukommt[3]). Der erste Teil enthält Normen über die örtliche Zuständigkeit (als Sachentscheidungsvoraussetzung), die dem Landesrecht beider Staaten ausnahmslos vorgehen und von den Behörden im Erkenntnisverfahren ohne weiteres angewendet werden müssen. Insbesondere sind diese Zuständigkeitsregeln als übergeordnetes Recht vom schweizerischen Richter auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn sie dem Art. 59 BV widersprechen[4]). Im zweiten Teil[5]) wird die Urteilsvollstreckung geregelt; mit Recht werden diese Be-

---

[1]) AS *49* 800; Botschaft in BBl 1933 *1* 233.

[2]) AS *52* 226; Botschaft in BBl 1936 *1* 681.

[3]) Curti 155; Probst 53.

[4]) Das bedeutet, dass eine bezügliche staatsrechtliche Beschwerde die Verletzung des Staatsvertrags, nicht des Art. 59 BV geltend machen muss. Probst 60.

[5]) Art. 15—19; die Art. 20 und 21, welche von den Zustellungen und Requisitionen handelten, sind durch die Déclaration vom 1. Februar 1913 ersetzt worden, vgl. AS *29* 112.

stimmungen dahin ausgelegt, dass jeder Vertragsstaat *alle* Zivilurteile des andern Staates zu vollstrecken hat, nicht nur diejenigen, die gestützt auf den Staatsvertrag gefällt wurden — was namentlich besagen will, dass auf die Staatsangehörigkeit der Parteien nicht Rücksicht genommen werden muss[1]).

2. Eine eingehende Besprechung aller im ersten Teil des Vertrages enthaltenen Kompetenznormen würde über den Rahmen meiner Arbeit hinausgehen. In dieser Hinsicht kann auf die Abhandlungen von Escher und Curti verwiesen werden[2]). Immerhin erscheint es zur besseren Fundierung des Folgenden am Platze, hier ganz kurz einige Grundsätze in Erinnerung zu rufen.

Es darf heute als anerkannt gelten, dass der Vertrag die *Zuständigkeit als Sachentscheidungsvoraussetzung nicht abschliessend regelt.* Das System hat Lücken. In sämtlichen Fällen, auf welche keine Kompetenznorm des Vertrages anwendbar ist, bestimmt sich die Zuständigkeit als Sachentscheidungsvoraussetzung nach dem Landesrecht des urteilenden Richters (lex fori)[3]). Vor allem erfasst der wichtige Art. 1 des Vertrages, der für persönliche Mobiliarklagen im allgemeinen den Richter am Wohnsitz des Beklagten[4]) zuständig erklärt, nicht Streitigkeiten, an denen nur Franzosen oder nur Schweizer beteiligt sind, denn er regelt ausdrücklich bloss die Kompetenz in Prozessen zwischen Schweizern und Franzosen[5]). Eine Ausnahme von diesem Prinzip statuiert Art. 2 für Streitigkeiten zwischen Franzosen, die sämtlich

---

[1]) Roguin 789, 796; Probst 54; Alexander, französische Zivilurteile 105 (Kritik eines unzutreffenden Urteils des bernischen Appellationshofes in ZBJV *58* 593); BGE *18* 762, *25*[1] 497.

[2]) Siehe auch Schurter-Fritzsche 571 ff.

[3]) Escher 3, 4; Probst 54; Botschaft 476 ff., insbesondere 485.

[4]) In besonderen Fällen den Richter am Wohnsitz des Klägers oder am Ort des Vertragsschlusses. Siehe Art. 1 Satz 3 und Abs. 3.

[5]) Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass Frankreich wünschte, es solle Art. 15 C c fr auch gegenüber der Schweiz weitergelten.

in der Schweiz, und für Schweizer, die sämtlich in Frankreich wohnen. In sachlicher Beziehung ist namentlich zu bemerken, dass der Vertrag für dingliche Mobiliarklagen und für familienrechtliche Klagen — es ist vor allem an die Ehescheidung zu denken — keine Regelung enthält. Bezüglich der ersteren sind Doktrin und Praxis in beiden Ländern ziemlich einig[1]). Auf dem Gebiet des Familienrechtes tritt wenigstens die schweizerische Rechtsprechung, in Übereinstimmung mit den meisten Autoren[2]), konsequent für die Nichtanwendung des Vertrages ein. Die französischen Gerichte sind in dieser Frage geteilter Auffassung, doch haben sie in der Mehrzahl der publizierten Urteile den Vertrag angewendet und namentlich die Ehescheidungsklage unter Art. 1 und 2 subsumiert[3]). Deliktsklagen fallen nach schweizerischer Praxis unter Art. 1 des Vertrages, sind also vor den juge naturel zu bringen; die adhäsionsweise Behandlung im Strafverfahren wird jedoch zugelassen, und ausserdem bleibt das forum delicti bei Strassenverkehrsunfällen gemäss Art. 1 Abs. 2 vorbehalten (Zusatzakte vom 4. Oktober 1935). Damit gehen die französischen Gerichte im allgemeinen, wenn auch nicht ohne Ausnahme, einig[4]).

Art. 3 des Vertrages, handelnd von der élection de domicile, wird unter II besprochen.

Die Art. 4—10 enthalten besondere Gerichtsstandsnormen für Immobiliar-, Erbschafts-, Konkurs- und Vormundschaftsstreitigkeiten. Zu diesen Regeln ist hier nur im Vorbeigehen zu bemerken, dass sie nach schweizerischer Auf-

---

[1]) Siehe Escher 25, 26 und dortige Zitate.

[2]) So z. B. Roguin 113 ff.; Curti 23; Escher 29.

[3]) Eine Zusammenstellung der bis 1936 ergangenen Urteile findet sich bei Escher 30/31. Seither sind in Frankreich wieder beide Standpunkte vertreten worden; ein Urteil der Cour de Paris (Clunet 1937 753) wendet den Vertrag, namentlich dessen Art. 11, auf eine Ehescheidungssache nicht an, während in Clunet 1938 494 eine redaktionelle Note ausführt: «L'application du traité aux actions concernant l'état des personnes est reconnue par la jurisprudence française.»

[4]) Siehe Escher 33 ff. und dortige Zitate.

fassung im allgemeinen zwingend sind[1]), während nach französischer Praxis eher das Gegenteil anzunehmen wäre. Ausführlicheres darüber ebenfalls unter II.

Im Zusammenhang mit unserer Materie hat Art. 11 zu Diskussionen Anlass gegeben. Er lautet:

«Le tribunal suisse ou français devant lequel sera portée une demande qui, d'après les articles précédents, ne serait pas de sa compétence, devra, d'office, et même en l'absence du défendeur, renvoyer les parties devant les juges qui en doivent connaître.»

Da, wie soeben gesagt wurde, die Kompetenzordnung des Staatsvertrages keine abschliessende ist, kann diese Bestimmung nur dort Anwendung finden, wo die Unzuständigkeit des Richters sich aus dem *ausdrücklichen Wortlaut der Art. 1—10* ergibt[2]). Wenn dagegen die Kompetenz mangels einer positiven Norm des Vertrages durch das Landesrecht geregelt wird, erscheint es selbstverständlich, dass sich auch die Befugnis oder die Pflicht des Richters, gegebenenfalls seine Unzuständigkeit auszusprechen, nur aus dem internen Recht, nicht aus Art. 11 des Staatsvertrages ableiten kann. Das Bundesgericht hat das Prinzip zwar bis jetzt noch nicht so allgemein, sondern nur bezüglich der mit Art. 2 im Zusammenhang stehenden Fälle formuliert[3]), doch ist darüber wohl kein Zweifel möglich. Wie die Botschaft mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck bringt, wollte man mit der Bestimmung verhindern, dass französische Gerichte gestützt auf eine formelle Ermächtigung des internen Prozessrechts, jedoch entgegen den Vorschriften des Staatsvertrages, Kontumazialurteile gegen schweizerische Beklagte ausfällten[4]) (daher der Passus

---

[1]) Vgl. Botschaft 489.

[2]) Roguin 808; Escher 145.

[3]) Vgl. BGE *40*[1] 89, *43*[2] 281.

[4]) Vgl. Botschaft 482: «Angesichts dieser Tatsachen waren wir schon bei den Verhandlungen von 1863 bemüht, eine Vorschrift zu verlangen, wodurch die Gerichte verpflichtet wären, von Amtes wegen Klagen zurückzuweisen, welche entgegen dem Staatsvertrage vor einen inkompetenten Richter gebracht würden.» — Auch aus dem erläuternden Protokoll zum Staatsvertrag (BBl 1869 *2* 517) geht deutlich hervor, dass der Artikel den Beklagten vor Kontumazial-

«et même en l'absence du défendeur»); die Anwendung des Staatsvertrages und nichts anderes soll mithin durch sie gewährleistet werden. Genau das Richtige trifft die Cour d'appel de Paris[1]), wenn sie ausführt: «L'art. 11 suppose donc nécessairement, pour son application, une compétence condamnée par le traité, exclue par lui, mais il n'interdit pas la faculté de retenir la cause dans les autres cas...» Bei der Besprechung der Einlassung als Zuständigkeitsgrund wird von Art. 11 noch die Rede sein[2]).

3. Die Kompetenzordnung des ersten Teiles wirkt sich in der vom zweiten Teil geregelten *Urteilsvollstreckung* wieder aus. Wie in den Vollstreckungsverträgen üblich, wird auch hier die révision au fond im Prinzip ausgeschlossen und lediglich ein Katalog von *Vollstreckungsvoraussetzungen* aufgestellt, unter denen die *Zuständigkeit* des urteilenden Gerichtes an erster Stelle steht. Art. 17 sagt in lapidarer Weise, die Vollstreckung könne verweigert werden, wenn der Entscheid von einer unzuständigen Behörde gefällt worden sei.

Die bisherigen Darlegungen ergeben unmittelbar, dass die *Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung* sich entweder aus dem ersten Teil des Vertrages oder aus Landesrecht ableiten kann. Der Vertrag macht Regel, wenn er eine auf die betreffende Streitigkeit anwendbare Kompetenznorm enthält; in diesem Falle muss als Vollstreckungsvoraussetzung die konkrete Zuständigkeit der entscheidenden Behörde bestanden haben[3]). Ob die Zuständigkeit mit Art. 59 BV vereinbar sei, danach darf nicht gefragt werden, weil dieser

---

urteilen schützen soll, welche die Bestimmungen des Vertrages missachten.

[1]) Clunet 1908 29.

[2]) Siehe unten 86 ff.

[3]) Bezüglich des Art. 1 ist dies allerdings in der Praxis diskutiert worden. Einige französische Gerichte haben als juge naturel denjenigen bezeichnet, «dont le défendeur est justiciable en vertu des lois de son pays». Man kann aber sagen, dass Praxis und Literatur heute sozusagen einhellig für das Erfordernis konkreter Zuständigkeit eintreten. Siehe Escher 7—12 und dortige Zitate; Probst 58; Alexander 11.

Artikel als landesrechtliche Norm dem Staatsvertrag gegenüber nicht gilt. Regelt dagegen der Staatsvertrag die Zuständigkeit im Erkenntnisverfahren nicht, leitete sich diese somit aus dem Landesrecht des Urteilsstaates ab, so kann dem Vertrag angesichts der Formulierung des Art. 17 keine Vorschrift entnommen werden, nach welchen Prinzipien die Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung im Vollstreckungsstaat zu überprüfen sei. Der Vollstreckungsstaat ist somit an die Kompetenznormen, welche das urteilende Gericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, nicht gebunden. Das Bundesgericht untersucht in solchen Fällen vorweg, ob nicht die Schweiz kraft ihres eigenen Rechtes die ausschliessliche Gerichtsbarkeit beansprucht, was logischerweise zur Folge haben muss, dass die fremde Gerichtsbarkeit nicht anerkannt und die Urteilsvollstreckung verweigert wird. Besteht nach schweizerischem Recht ein derartiges Hindernis nicht, so forscht das Bundesgericht ferner danach, ob das französische Gericht nach französischem Rechte konkret zuständig war[1]). Diese zweite Kontrolle ist jedoch überflüssig[2]). Wir haben in der Schweiz keinen Grund, uns der richtigen Anwendung des französischen Prozessrechts zu vergewissern; uns muss einzig daran gelegen sein, Übergriffe des fremden Staates auf die schweizerische Gerichtsbarkeit zu verhindern. Es würde vollauf genügen, nach der allgemeinen, von Art. 59 BV diktierten Tendenz der schweizerischen Praxis in diesen Fällen auch gegenüber Frankreich nur die *abstrakte Zuständigkeit* als Vollstreckungsvoraussetzung zu bezeichnen und deren Überprüfung nach «*negativem System*» vorzunehmen.

Wesentliche praktische Folge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wie auch der soeben vertretenen Ansicht

---

[1]) BGE *64*[1] 202. In ältern Entscheiden scheint das Gericht die Prüfung in umgekehrter Reihenfolge vorgenommen zu haben, was wenig zweckmässig ist. Vgl. *25*[1] 92, *35*[1] 461.

[2]) So mit Recht Alexander 11. Im Gegenteil für die ausschliessliche Prüfung nach französischem Recht Roguin 797, 803.

ist, dass der in der Schweiz wohnende beklagte Franzose sich wie jeder schweizerische oder andere Schuldner auf *Art. 59 BV* berufen kann, wenn die auf die betreffende Streitigkeit anwendbare Kompetenznorm nicht dem ersten Teil des Staatsvertrages zu entnehmen ist[1]).

II. Begründung gerichtlicher Zuständigkeit durch Parteiverhalten.

1. Art. 3 des Staatsvertrages hat folgenden Wortlaut:

«En cas d'élection de domicile dans un lieu autre que celui du domicile du défendeur, les juges du domicile élu seront seuls compétents pour connaître des difficultés auxquelles l'exécution du contrat pourra donner lieu.»

Es ist dies die einzige Bestimmung des Abkommens, die ausdrücklich eine Begründung gerichtlicher Zuständigkeit durch Parteiverhalten vorsieht. Trotz ihrer scheinbaren Einfachheit erweist es sich als notwendig, sie nach verschiedenen Richtungen zu analysieren.

Vorauszuschicken ist, dass das Bundesgericht bei der Auslegung einer unter Art. 3 fallenden Vereinbarung, insbesondere bei der Prüfung ihrer materiellen Verbindlichkeit, grundsätzlich auf das Recht des Staates abstellt, wo der Vertrag geschlossen und ausgeführt wurde[2]).

a) In Frankreich ist es üblich, Zuständigkeitsvereinbarungen (conventions de juge) in Form einer *élection de domicile* abzuschliessen[3]). Die Verwendung anderer Ausdrücke, wie die im deutschen Sprachgebiet gebräuchliche direkte Bezeichnung des Gerichtsstandes, scheint daneben relativ selten vorzukommen[4]). Hierhin dürfte die Erklärung dafür liegen, dass Art. 3 des Staatsvertrages nur von der

---

[1]) Im gleichen Sinne Alexander, französische Zivilurteile 108; BGE *29*[1] 165.

[2]) Vgl. BGE *15* 231, *34*[1] 748, *48*[1] 90. Somit wäre eine in der Schweiz mit einem französischen Kleinreisenden abgeschlossene Gerichtsstandsvereinbarung als nichtig zu betrachten (Art. 11 des Handelsreisendengesetzes vom 4. Oktober 1930).

[3]) Pillet 115.

[4]) Vgl. Berliner 59.

élection de domicile spricht. Der Text will damit wohl einfach sagen, die Begründung einer nach dem Staatsvertrag nicht bestehenden örtlichen Zuständigkeit durch Parteivereinbarung werde zugelassen. Irgendwelche stichhaltige Gründe gegen eine solche Auslegung scheinen mir nicht zu bestehen; es wäre nicht einzusehen, weshalb zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nur eine einzige Formel gebraucht werden dürfte. Eine Vereinbarung ist daher, ungeachtet ihres Wortlautes, unter Art. 3 zu subsumieren, wenn aus ihr deutlich hervorgeht, dass die Begründung einer gerichtlichen Zuständigkeit im Willen der Parteien lag[1]). So hat das Bundesgericht in einer älteren Entscheidung[2]) den Art. 3 ohne weiteres auf eine Klausel mit dem Wortlaut «toutes les questions relatives à la présente police seront du ressort du Tribunal de commerce de la Seine» angewendet. Auch die bundesrätliche Botschaft versteht unter der élection de domicile einfach eine Gerichtsstandsvereinbarung[3]).

Nur eine Einschränkung ist zu machen. Pillet[4]) und Roguin[5]) haben mit Recht darauf hingewiesen, dass unter Art. 3 nach dessen Wortlaut lediglich Vereinbarungen fallen können, die *vor* Einreichung der Klage abgeschlossen wurden. Eine Gerichtsstandsabrede, die nach Begründung der Rechtshängigkeit der Streitsache getroffen wird[6]), darf mithin nicht nach Art. 3 beurteilt werden.

---

[1]) So Pillet 115; Curti 63; Roguin 682; Cour de Montpellier in Clunet 1907 361. A. M. Escher, der allerdings in nicht ganz verständlicher Weise von «andern Prorogationsarten» spricht (63). Er zitiert einen im BGE *30*[1] 733 publizierten Entscheid des Bundesgerichtes. Das Urteil handelt aber nur von der Einlassung als Zuständigkeitsgrund, nicht von einer Gerichtsstandsvereinbarung. Ich werde es später nochmals zu erwähnen haben.

Unter Art. 3 dürfte sich auch ein Schiedsvertrag subsumieren lassen. Vgl. Pillet 116.

[2]) BGE *14* 591.

[3]) Vgl. Botschaft 489.

[4]) 115 f.

[5]) 680.

[6]) Vgl. darüber oben 8.

Aus dem gleichen Grunde lässt sich Art. 3 *nicht* anwenden auf den Tatbestand der *Einlassung* des Beklagten auf eine Klage, die vor einem nach den Gerichtsstandsbestimmungen des Staatsvertrages unzuständigen Richter angehoben wurde[1]). Die Fiktion oder unwiderlegbare Vermutung, es liege eine Vereinbarung zwischen den Parteien vor, hilft hier nichts, denn es könnte sich ja nur um eine nach Eintritt der Rechtshängigkeit zustande gekommene Abrede handeln. Ob die Zuständigkeitsbegründung durch Einlassung (wie auch diejenige durch Gerichtsstandsvereinbarung nach Einreichung der Klage) gegenüber den staatsvertraglichen Kompetenznormen zulässig sei, kann daher nicht nach Art. 3 beurteilt werden[2]). Das Prinzip ist namentlich in der bundesrätlichen Botschaft[3]) nicht erfasst worden, wo man lesen kann, eine stillschweigende Vereinbarung werde «dann angenommen, wenn der Beklagte sich vor einem nicht zuständigen Richter auf den Streit eingelassen hat». Unzutreffend ist auch der auf die Botschaft Bezug nehmende, Einlassung und stillschweigende Domizilwahl gleichsetzende Entscheid des Bundesgerichtes in BGE *49*[1] 202, während andere Urteile richtig den Unterschied machen[4]).

Vielfach tritt die élection de domicile als eine vorerst *einseitige*, nicht an eine bestimmte Person gerichtete Erklärung auf[5]). Auch auf diese Form ist Art. 3 nach seinem Wortlaut ohne weiteres anwendbar. Ob die Zuständigkeitsbegründung in diesem Falle bereits durch die einseitige Willenskundgabe oder erst durch die spätere Annahmeerklärung oder konkludentes Verhalten der Gegenpartei zustande komme, ist praktisch einerlei[6]); auf jeden Fall kann beim Richter des domicile élu geklagt werden.

---

[1]) Roguin 680; Pillet 115; Escher 67.
[2]) Vgl. darüber unten 85 ff.
[3]) 489.
[4]) So BGE *30*[1] 733 und, sehr klar, *21*[1] 709.
[5]) Pillet 116.
[6]) Vgl. oben 19.

b) Eine élection de domicile fällt nur unter Art. 3, wenn sie «*attributive de juridiction*» ist. Bekanntlich will nach französischem Sprachgebrauch nicht jede élection de domicile besagen, dass die Parteien eventuelle Streitigkeiten dem Richter am Ort des Wahldomizils unterbreiten wollen; der Ausdruck kann unter Umständen nur den Sinn der Schaffung einer Adresse für rechtliche Zustellungen (Insinuationsdomizil) haben, wie dies etwa der Fall ist, wenn eine Partei während der Dauer eines Prozesses das Bureau ihres Anwalts als Domizil erwählt [1]). Nach französischem Recht wird aber vermutet, dass die élection de domicile die Bedeutung einer convention de juge habe, somit zuständigkeitsbegründend wirke [2]), und es rechtfertigt sich, dies auch bei der Auslegung des Staatsvertrages als den Regelfall anzusehen [3]). Der Beweis des Gegenteils bleibt in allen Fällen offen [4]). Kraft der élection de domicile attributive de juridiction wird jedoch, wenigstens wenn dies dem Willen der Parteien entspricht, gleichzeitig ein Insinuationsdomizil geschaffen [5]). Das ist der praktische Vorteil dieser Klausel, auf welchen vermutlich ihre Verbreitung in Frankreich zurückzuführen ist.

Ganz allgemein darf eine Abrede nur dann als Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne des Art. 3 aufgefasst werden, wenn aus der Willenserklärung der Parteien nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr geschlossen werden muss, dass die *Zuständigkeitsbegründung gewollt* war [6]). Die Leitlinien der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 59 BV, soweit diese mit Gerichtsstandsvereinbarungen zu schaffen hat, sind in dieser Hinsicht auch für die Auslegung von Art. 3 des Staatsvertrages ohne weiteres brauchbar (s. oben 43 ff.). Vollstreckungsschwierigkeiten dürften sich daraus nicht ergeben, denn die französischen Gerichte entscheiden über die

[1]) Vgl. BGE *39*[1] 377, 30[1] 733.
[2]) Vgl. Art. 111 C c fr und Art. 59 C pr c fr.
[3]) BGE *39*[1] 377.
[4]) Vgl. z. B. BGE *40*[1] 85.
[5]) Pillet 115; Planiol et Ripert *1* Nr. 169.
[6]) Siehe Roguin 679.

Verbindlichkeit von Prorogationsklauseln offenbar nach analogen Erwägungen. Eine Zusammenstellung französischer und kantonaler Urteile, die sich mit Fragen der Gültigkeit solcher in Briefen, Verträgen und Fakturen enthaltener Klauseln beschäftigen, findet sich bei Escher[1]). Ich glaube von einer Besprechung dieser Praxis absehen zu können, da sich aus ihr kaum neue Gesichtspunkte ergeben.

Besonders zu erwähnen ist immerhin der Fall, wo die Parteien in ihrer Vereinbarung nicht ausdrücklich ein Domizil erwählen oder einen Gerichtsstand für Streitigkeiten bezeichnen, sondern nur einen *Zahlungs- oder Erfüllungsort* für einen Vertrag bestimmen. Nach bundesgerichtlicher Praxis begründet eine derartige Abrede keinen Gerichtsstand gemäss Art. 3 des Staatsvertrages[2]), während die französische Rechtsprechung[3]) nicht eindeutig ist. Das Bundesgericht macht aber eine Ausnahme für den Domizilwechsel[4]), der den Inhaber der Urkunde anzunehmen berechtige, der Akzeptant oder Aussteller habe am Zahlungsort ein Domizil für alle Rechtsbeziehungen erwählt, die sich aus der Zahlungsverpflichtung ergeben. Die These lässt sich begründen mit dem Hinweis auf die besondere Natur der wechselrechtlichen Verbindlichkeit und die Bedeutung des Wechseldomizils für die

[1]) 71 f. Beizufügen ist der Liste ein Urteil des Zürcher Obergerichts im ZR 1933 Nr. 192, wo richtig ausgeführt wird, die nur auf eine Faktur aufgedruckte, beim Vertragsschluss nicht erwähnte Klausel bedürfe der ausdrücklichen Annahme durch die Gegenpartei, ansonst sie eine blosse Offerte darstelle.

[2]) Vgl. BGE *23* 1583, *29*[1] 214, *59*[1] 135; Curti 64; Roguin 680, 682, 690; Escher 46, 69. Insbesondere wird mit Recht hervorgehoben, dass die in Art. 420 C pr c fr enthaltene gesetzliche Vermutung einer Domizilwahl am Zahlungsort gegenüber dem Staatsvertrag nicht gelten kann, da dieser nur einer wirklichen, nicht einer bloss fiktiven élection de domicile Wirksamkeit zugesteht. Zustimmend im allgemeinen die französische Praxis; siehe Escher 47 und dortige Zitate.

[3]) Siehe Clunet 1907 361, 1914 916, 1934 888.

[4]) BGE *47*[3] 32. Merkwürdig ist an diesem Urteil, dass Art. 50 Abs. 2 SchKG angewendet, Art. 3 des Staatsvertrages aber nur zögernd ganz am Ende der Begründung noch erwähnt wurde. Dabei hätte einzig auf Art. 1 und 3 des Staatsvertrages abgestellt werden sollen. Vgl. auch Curti 34.

Exekution[1]). In früheren Entscheiden hat sich das Bundesgericht meist im gleichen Sinne ausgesprochen[2]), doch existiert auch ein Urteil, in dem es ein derartiges allgemeines Prinzip nicht aufstellen will[3]); es führt dort aus, gerade aus dem Wortlaut des Domizilwechsels könne der Gläubiger ersehen, dass der Zahlungsort nicht mit dem Wohnsitz des Bezogenen oder des Ausstellers zusammenfalle, weshalb man nicht notwendigerweise auf eine Domizilwahl schliessen müsse. Man kann dem Argument eine gewisse Berechtigung nicht absprechen, doch wird das Gericht wohl, mit vielleicht besseren Gründen, bei seiner gegenwärtigen Praxis bleiben. Übrigens steht die Rechtsprechung des französischen Kassationshofes auf demselben Boden[4]).

c) Nach dem Wortlaut des Art. 3 ist die Gerichtsstandsvereinbarung nur bezüglich eines *bestimmten Vertrages* erlaubt («...seront seuls compétents pour connaître des difficultés auxquelles l'exécution *du contrat* pourra donner lieu»)[5]). Aus der Wendung «dans un lieu autre que celui du domicile du défendeur» ergibt sich zudem, dass die Vereinbarung bloss in den Fällen zuständigkeitsbegründend wirken kann, wo der normale Gerichtsstand laut Staatsvertrag sich am *Wohnsitz des Beklagten* befindet. Das bedeutet die Beschränkung der Prorogationsmöglichkeit auf die unter *Art. 1 und 2* fallenden Streitigkeiten «en matière mobilière et personnelle»[6]). Daher ist meines Erachtens die Auffassung richtig, wonach die

---

[1]) Escher 69.

[2]) So BGE *23* 1583, *34*[1] 111. Dieser zweite Entscheid formuliert das Prinzip nur nebenbei. Er ist im übrigen unverständlich. Vgl BGE *34*[1] 414; aOR 826 und 722 Ziff. 8.

[3]) BGE *34*[1] 414.

[4]) Vgl. Clunet 1935 895.

[5]) Fraglich ist, wie es mit Deliktsklagen zu halten sei. Pillet 122 f. möchte kein entscheidendes Gewicht auf das Wort «contrat» legen und eine élection de domicile auch bei Delikts- und Quasideliktsklagen zulassen.

[6]) Welche Klagen im einzelnen dazu zählen, findet sich bei Escher 24 ff. dargelegt. Es sind ziemlich genau die Streitigkeiten, auf welche das Bundesgericht Art. 59 BV anwendet.

Artikel 4—10 zwingendes Recht darstellen und einer Gerichtsstandsvereinbarung keinen Raum lassen[1]). Nach Escher[2]) wäre eine Ausnahme zu machen für Art. 4 Abs. 2, der von den «persönlichen Immobiliarklagen» handelt. Die aufgeführten Gründe sind ansprechend, dürften aber vor dem klaren Text der Bestimmung nicht standhalten.

Die französische Praxis ist bezüglich der Frage, ob die Spezialgerichtsstände eine Prorogation ausschliessen, nicht eindeutig. Im internen französischen Recht wird die Prorogation auf dem Gebiet der örtlichen Zuständigkeit unbeschränkt zugelassen (selbst bei Immobiliarklagen), sofern nicht eine ausdrückliche Vorschrift sie verbietet. Es muss daher wohl angenommen werden, dass die herrschende französische Ansicht diese Regel auch auf den Staatsvertrag anwendet und die Art. 4—10 nicht als zwingendes Recht betrachtet[3]), wiewohl sich diese Auffassung mit dem Wortlaut des Art. 3 kaum vereinbaren lässt.

d) Wenn auch die Fassung des Art. 3, wie bereits angetönt, darauf hindeutet, dass die Gerichtsstandsvereinbarung nur bezüglich der Erfüllung eines Vertrages getroffen werden könne, so hat doch die Praxis ohne besondere Diskussion auch die in den *Statuten einer Aktiengesellschaft* enthaltene élection de domicile für Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft, ihren Mitgliedern und Organen als eine gemäss dem Staatsvertrag wirksame Prorogation aufgefasst[4]). Die Literatur spricht sich im gleichen Sinne aus[5]). Man wird dieser Auslegung zustimmen dürfen. Erfüllung der statutarischen

---

[1]) Botschaft 489; Curti 65; Roguin 682. Bezüglich Art. 4: BGE *48*[1] 99. Dagegen hat das Bundesgericht in einem älteren Urteil angenommen, auf den Gerichtsstand des Art. 5 könne verzichtet werden (BGE *37*[1] 458).

[2]) 143 f.

[3]) Vgl. Morel, N. 269 und 287; Pillet 122; Escher 144 und dort zitierte Urteile.

[4]) Siehe die Urteile des Bundesgerichts in BGE *15* 231, *19* 731, *27*[1] 345, *34*[1] 748, *39*[1] 377; ferner einen französischen Entscheid in Clunet 1893 367.

[5]) Siehe z. B. Roguin 702 ff.; Pillet 116; Escher 67 f.

Pflichten und Erfüllung eines Vertrages ist zwar nicht dasselbe[1]), aber es besteht doch eine gewisse Verwandtschaft zwischen beiden Tatbeständen.

Roguin[2]) hat sich immerhin, nach meiner Meinung mit Recht, gegen eine extensive Interpretation derartiger Statutenklauseln ausgesprochen, die oft unsorgfältig redigiert sind und namentlich nicht alle in Betracht fallenden Personen nennen. Eine Person, auf welche sich die Klausel nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut nicht bezieht (eventuell die Gesellschaft selber), wird von deren Wirkungen nicht betroffen[3]). Dies ist z. B., wie auch das Bundesgericht anerkennt[4]), bei einem Aktionär der Fall, der seine Aktien im Augenblick der Klage bereits veräussert hat. Schwierigkeiten kann daneben die Frage bereiten, welche Arten von Streitigkeiten durch die Statutenklausel erfasst werden. Zustimmung dürfte dabei[5]) die Ansicht des Bundesgerichts verdienen, wonach die Prorogation, selbst wenn die Klausel es nicht ausdrücklich vorsieht, auch im Stadium der Liquidation oder des Konkurses der Gesellschaft wirksam ist; dies deswegen, weil die Gesellschaft dazumalen nicht als aufgelöst zu gelten hat und die meisten Streitigkeiten sich garade bei solchen Gelegenheiten zu ergeben pflegen[6]). Ob das forum prorogatum auch für *Verantwortlichkeitsklagen* gegen die Gründer und Organe (die Liquidatoren fallen wohl nicht in Betracht) gelte, ist nicht abgeklärt. Die französische Praxis spricht sich allerdings glatt dagegen aus[7]), doch ist dies darauf zurückzuführen, dass sie derlei Klagen als Deliksklagen behandelt. Aus der Schweiz sind mir keine Urteile über diesen Gegenstand bekannt[8]). Die

[1]) Was z. B. in BGE *15* 321 ignoriert wurde.

[2]) 702 ff.

[3]) In dieser Hinsicht fragwürdig BGE *15* 231. Zutreffend dagegen wohl *34*[1] 748, wo Subrogation angenommen wurde.

[4]) BGE *19* 731.

[5]) Entgegen Roguin 702.

[6]) Siehe BGE *15* 233; Escher 68.

[7]) Vgl. Clunet 1905 997, 1935 615.

[8]) Stauffer 42 zitiert den Entscheid BGE *53*[1] 49, der die Anwendbarkeit der Klausel für Verantwortlichkeitsklagen verneine. Allein

bezügliche Auslegung einer Statutenklausel könnte sich verschieden gestalten, je nachdem, ob es sich um eine französische oder schweizerische Gesellschaft handelt, da im ersten Fall wohl auf französisches, im zweiten auf schweizerisches Recht abgestellt würde[1]). Vermutlich käme man demnach bei einer französischen Gesellschaft zur gleichen Auffassung wie die Praxis dieses Landes. Bei der Anwendung schweizerischen Rechtes dagegen wird man berücksichtigen müssen, dass die aktienrechtliche Verantwortlichkeit als eine vertragliche oder vertragsähnliche Haftung betrachtet wird[2]), so dass kein Anlass besteht, eine solche Klage anders zu behandeln als diejenigen, die sich sonst aus dem Verhältnis zwischen der Gesellschaft oder den Aktionären einerseits und den Gründern oder Organen andrerseits ergeben. Daraus wäre abzuleiten, dass die Prorogation auch auf Verantwortlichkeitsklagen Anwendung findet. Die Lösung harmoniert mit Art. 761 OR, der für diese Klagen neben dem ordentlichen Gerichtsstand wahlweise denjenigen des Sitzes der Gesellschaft zur Verfügung stellt.

e) Es hat sich die Frage erhoben, ob auch die auf *gesetzlicher Pflicht* beruhende Domizilwahl als élection de domicile attributive de juridiction im Sinne von Art. 3 aufzufassen sei. Mir scheint, dass man darauf bejahend antworten muss. Wenn auch anzunehmen ist, der Gerichtsstand bestehe unmittelbar kraft der gesetzlichen Vorschrift, falls der Verpflichtete kein Domizil wählt[3]), so ist doch kein Grund vorhanden, der pflichtgemäss vorgenommenen Domizilwahl nicht die gleichen Wirkungen beizulegen wie einer nur auf private Initiative zurückgehenden[4]); wie diese ist sie ja eine Willens-

---

es handelte sich dort nicht um eine Gerichtsstandsklausel, sondern um die blosse Erwähnung des Sitzes der Gesellschaft in den Statuten. Der Fall hat demnach mit einer «élection de domicile attributive de juridiction» nichts zu tun.

[1]) Vgl. oben 73.

[2]) Siehe BGE *46*[2] 452; Guhl, 1. Auflage 294 f.

[3]) Burckhardt 561; BGE *12* 55; siehe oben 19.

[4]) Anders Escher 72, der jedoch überhaupt dem Art. 3 eine sehr enge Auslegung geben will. Bestimmt gegen die Anwendung des Art. 3 Pillet 121.

erklärung, durch welche der besondere Gerichtsstand anerkannt wird, und zwar erfolgt sie im eigenen Interesse des Erklärenden, der ohne solche Kundgebung seine Geschäftstätigkeit nicht aufnehmen dürfte.

Der wichtigste Fall ist wohl derjenige der privaten *Versicherungsgesellschaften*. Diese werden durch Art. 2 des BG vom 25. Juni 1885 betreffend Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens («Aufsichtsgesetz») verpflichtet, in jedem Kanton, wo sie Geschäfte betreiben, ein Rechtsdomizil zu verzeigen. Wollte man nun auf diese Domizilwahl den Art.3 des Staatsvertrages nicht anwenden, so ergäbe sich daraus, dass gegen eine französische Versicherungsgesellschaft — sofern nicht eine Prorogation im einzelnen Versicherungsvertrag stipuliert wurde — nur in Frankreich geklagt werden könnte: denn gegenüber dem Staatsvertrag, insbesondere Art. 1, gilt auch das zwingende interne Gerichtsstandsrecht der Schweiz nicht. Eine solche Auslegung würde jedoch der innern Berechtigung ermangeln, da doch die Gesellschaft ausdrücklich darauf verzichtet hat, an ihrem Hauptsitz belangt zu werden. Im Prinzip ganz gleich liegt der Fall bei Eisenbahngesellschaften.

Dem Bundesgericht[1]) kann daher vorbehaltlos zugestimmt werden, wenn es den in der Gründungsakte einer Eisenbahngesellschaft enthaltenen Passus «... se reconnaît justiciable des tribunaux du canton de Genève» ohne Diskussion als Domizilwahl im Sinne von Art. 3 des Staatsvertrages aufgefasst hat[2]). Für unrichtig halte ich dagegen ein Urteil der Cour de Justice de Genève[3]), das die gesetzliche Domizilwahl ohne Anwendung des Art. 3 verbindlich erklärt. In einem ältern Entscheid[4]) wurde allerdings auch in Genf Art. 3 angewendet und die Zuständigkeit der Gerichte am

---

[1]) Sem jud 1932 443.

[2]) Das gleiche Prinzip formuliert, wenn auch nur nebenbei, schon BGE *21* 709.

[3]) Sem jud 1921 522.

[4]) Sem jud 1889 73.

Ort der generellen Domizilwahl trotz einer ihr entgegenstehenden Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien bejaht; dies hätte sich korrekt mit dem Argument begründen lassen, dass der späteren, speziellen élection de domicile gegenüber der früheren, allgemeinen, keine ausschliessliche Wirkung zuerkannt werde.

f) Damit gelangen wir zu der etwas heiklen Frage, wie es überhaupt mit der *Ausschliesslichkeit* des forum prorogatum gemäss Art. 3 bestellt sei. Die Antworten sind verschieden ausgefallen. Curti, der die Ausschliesslichkeit gemeinhin bejaht[1]), kann sich auf den scheinbar klaren Text stützen: «...les juges du lieu du domicile seront seuls compétents...». Demgegenüber hält das Bundesgericht[2]) dafür, Art. 3 lasse den Parteien die Freiheit, nur einen konkurrierenden oder aber einen ausschliesslichen Wahlgerichtsstand zu vereinbaren. Es argumentiert wie folgt: Art. 3 hat bloss den Sinn einer Ausnahme von der in Art. 1 festgelegten Garantie des Wohnsitzrichters. Diese Ausnahme ist innerlich einzig dann gerechtfertigt, wenn sie vom Parteiwillen getragen wird. Wollten somit die Parteien durch Domizilwahl nur einen Gerichtsstand schaffen, der mit dem ordentlichen konkurriert, so würde die Annahme, der iudex prorogatus sei ausschliesslich zuständig geworden, einen unhaltbaren Einbruch in das Prinzip des Art. 1 darstellen. Art. 3 will nicht mehr sagen, als dass die Parteien durch Vereinbarung den Wohnsitzgerichtsstand sogar vollständig ausschliessen können; mit diesem Plus der gänzlichen Ausschaltung ist implicite auch

[1]) 66. Der Autor spricht zwar merkwürdigerweise nur von einer «Umkehrung der Präsumtion». Davon dürfte Escher (73 f.) beeinflusst sein, der lediglich anzunehmen scheint, Art. 3 begründe eine Vermutung der Ausschliesslichkeit. Darum kann es sich aber meines Erachtens nicht handeln. Entweder gestattet Art. 3 nur die ausschliessliche Prorogation, dann ist die Diskussion geschlossen; oder er lässt die nichtausschliessliche ebenfalls zu, weil sie eine weniger weitgehende Abweichung vom Prinzip des Art. 1 darstellt, dann ist nach normalen Interpretationsgrundsätzen zu ermitteln, was die Parteien gewollt haben.

[2]) BGE *39*[1] 377.

zugelassen die Vereinbarung eines bloss konkurrierend neben den Wohnsitzgerichtsstand tretenden Forums[1]). — Man wird der Deduktion beipflichten dürfen[2]).

Die französische Praxis scheint den iudex prorogatus als ausschliesslich zuständig zu betrachten[3]).

g) Art. 3 erklärt den prorogierten Richter zuständig, ohne ihm ein *Ablehnungsrecht* einzuräumen. Der Richter ist folglich verpflichtet, die Streitsache an die Hand zu nehmen, wenn sie ihm unterbreitet wird. Diese *Annahmepflicht* hat mit der Frage der Ausschliesslichkeit nichts zu tun[4]). Es ist aber auch unzutreffend, die Lösung dem internen Recht beider Staaten überlassen zu wollen[5]); Art. 3 des Staatsvertrages kann nicht durch irgendwelche ihm untergeordnete Normen des Landesrechtes modifiziert werden.

Ob dagegen der derogierte Richter auf den Rechtsstreit, der trotz Gerichtsstandsvereinbarung vor ihn gebracht wird, eintreten müsse oder auch nur dürfe, bestimmt sich einzig nach dem ausschliesslichen oder nichtausschliesslichen Charakter der betreffenden Prorogation.

h) Die élection de domicile bezieht sich nach französischer Auffassung nur auf Streitigkeiten über die *Erfüllung* von Verträgen. Der Richter des domicile élu wird daher, sofern wenigstens der Wortlaut der Abrede oder besondere Umstände nicht auf das Gegenteil schliessen lassen, zur Beurteilung der Gültigkeit bzw. Nichtigkeit des materiellen Rechtsgeschäftes nicht zuständig. Man betrachtet die élection de domicile bezüglich ihrer eigenen Gültigkeit als *abhängig* vom Hauptvertrag; ist dieser nichtig, so fällt auch die Domizilwahl dahin. Für das französische Recht scheint diese Auffassung festzustehen[6]). Das Bundesgericht hat sie in einem

[1]) Ebenso Roguin 681.
[2]) Vgl. oben 27 f.
[3]) Clunet 1927 1050, 1938 279.
[4]) Anders Escher 64.
[5]) Wie Curti 67 vorsieht.
[6]) Vgl. Planiol et Ripert *1* Nr. 170; Baudry-Lacantinerie *2* Nr. 1045 und dortige Zitate.

seiner Entscheide, wo die Frage allerdings nicht einlässlich untersucht wurde, ausdrücklich gebilligt[1]). Damit verkehrt sich also die sonst bei Gerichtsstandsvereinbarungen bestehende Vermutung, dass der prorogierte Richter auch über Gültigkeit oder Ungültigkeit des Hauptvertrages zu entscheiden habe, in ihr Gegenteil. Indessen spricht nichts dagegen, dass gemäss Art. 3 auch Vereinbarungen zulässig und gültig sind, durch welche sich die Parteien dem erwähnten Richter bezüglich *aller* aus dem materiellen Rechtsgeschäft entstehenden Streitigkeiten unterwerfen; doch wird ein derartiger Parteiwille nur angenommen werden dürfen, wenn er sich aus dem ausdrücklichen Wortlaut der Abrede ergibt.

i) Nur der Vollständigkeit halber sei kurz eine Selbstverständlichkeit erwähnt: die Prorogation gilt einzig für die Streitigkeiten, welche vom Wortlaut der Vereinbarung zweifelsfrei umfasst werden. Wurde für die Erfüllung des Vertrages A ein Domizil erwählt, so kann das forum prorogatum nicht für Streitigkeiten aus dem Rechtsverhältnis B in Anspruch genommen werden. Ein Rechtsstreit, der sich aus der Bestellung einer Hypothek ergibt, ist nicht identisch mit dem Streit um das Forderungsrecht[2]). Das für die Vertragserfüllung erwählte Domizil gilt nicht für Ansprüche aus Delikt[3]). Dagegen kann dem Bundesgericht beigepflichtet werden, wenn es die bezüglich einer Faustpfandbestellung getroffene Domizilwahl auch für Streitigkeiten über die Forderung gelten lässt; die Erklärung liegt in der akzessorischen Natur des Pfandrechts[4]).

2. Aus Art. 3 des Staatsvertrages lässt sich, wie wir sahen, nicht ableiten, dass neben der Gerichtsstandsvereinbarung auch die *Einlassung auf den Rechtsstreit* zum Zu-

---

[1]) BGE *59*[1] 224.

[2]) Bundesgericht in Sem jud 1922 113.

[3]) Siehe die bereits zitierten französischen Urteile zur Frage der Prorogationsklausel in Statuten; Clunet 1905 997, 1935 615. Mindestens fragwürdig Clunet 1925 111.

[4]) BGE *48*[1] 90; Escher 64 f.

ständigkeitsgrund gemacht werde[1]). Einlassung als Parteiverhalten *nach* Anhängigwerden des Prozesses ist keine «élection de domicile tacite». Da der erste Teil des Vertrages den Gerichtsstand der Einlassung auch sonst nirgends erwähnt, gibt es zwei Möglichkeiten: entweder ist in den unter den Vertrag fallenden Streitigkeiten die Begründung einer gerichtlichen Zuständigkeit durch Einlassung ausgeschlossen, oder wir stehen vor einer der Lücken im System der staatsvertraglichen Kompetenznormen, was besagen will, dass die Regelung der Frage dem internen Recht beider Staaten überlassen bleibt.

Für die erste Hypothese scheint zunächst der Wortlaut des Art. 11 zu sprechen, der oben (70) bereits wiedergegeben wurde. Danach hat der gemäss Art. 1 bis 10 des Staatsvertrages unzuständige Richter eine vor ihn gebrachte Klage von Amtes wegen zurückzuweisen. Bei näherer Überlegung erkennt man aber, dass damit die gestellte Frage keineswegs beantwortet ist: denn gerade das wollen wir ja wissen, ob die Art. 1—10 die Begründung einer abweichenden Zuständigkeit durch Einlassung verbieten oder gestatten. Bezüglich der Art. 4—10 liegt die Lösung auf der Hand. Diese Bestimmungen sind, wenigstens nach schweizerischer Auffassung, zwingendes Recht[2]) und verlangen ausnahmslos Anwendung, so dass die Sanktion des Art. 11 ohne weiteres Platz greift. Soweit können wir also sagen, dass der Staatsvertrag die Kompetenzbegründung durch Einlassung verbietet. Andrerseits sind jedoch, wie sich aus der Zulässigkeit einer élection de domicile ergibt, die Gerichtsstände für die persönlichen Mobiliarklagen (Art. 1 und 2) nicht zwingend. Sie wurden im Interesse und zum Schutz des Beklagten aufgestellt. Wenn dieser nun durch sein Verhalten

---

[1]) Siehe oben 75. Was im folgenden von der Einlassung gesagt wird, gilt sinngemäss auch für den praktisch unwichtigen Fall, der erst nach Anhängigwerden der Klage abgeschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung.

[2]) Siehe oben 78 f.

zum Ausdruck bringt, das er einen andern Richter anerkennt, so kann den Vertragsstaaten nichts daran liegen, den Kläger trotzdem vor das in Art. 1 oder 2 vorgeschriebene Forum zu weisen[1]). Demnach besteht in Streitigkeiten «en matière mobilière et personnelle» kein Grund zur Annahme, der Vertrag wolle verbieten, dass durch Einlassung eine von den Regeln der Art. 1 und 2 abweichende Zuständigkeit begründet werde. Die positive Normierung dieser Frage bleibt dem *Landesrecht*, der *lex fori* überlassen; eine staatsvertragliche Bindung ist bloss in dem Sinne anzunehmen, dass dem Beklagten nur ein Verhalten als Einlassung zugerechnet werden darf, das sich als Anerkennung eines andern als des im Vertrage garantierten Gerichtsstandes charakterisiert, also nicht etwa einfach in der Versäumung prozessualer Fristen besteht. Unter diesem Vorbehalt ist Art. 11 des Staatsvertrages auf Einlassungsfälle in persönlichen Mobiliarstreitigkeiten überhaupt *nicht anwendbar*, und es bestimmt sich einzig nach der lex fori, ob das Verhalten des Beklagten zuständigkeitsbegründend wirke. Der Entscheid über die Zuständigkeit kann dann, wie er auch ausfallen möge, nicht gegen den Staatsvertrag verstossen.

Auf die Praxis angewendet, bedeutet das Prinzip, dass der vom Kläger angerufene, laut Art. 1 oder 2 des Staatsvertrages nicht zuständige schweizerische Richter nach seinem (kantonalen) Prozessrecht darüber befindet, ob er durch Einlassung des Beklagten zuständig geworden sei. Sein Entscheid in dieser Frage kann durch staatsrechtlichen Rekurs beim Bundesgericht nicht wegen Verletzung des Staatsvertrages, sondern nur wegen willkürlicher Anwendung des Prozessgesetzes («materielle Rechtsverweigerung») angefochten werden (Art. 4 BV), es wäre denn, dass das Verhalten des Beklagten nicht als wirkliche, sondern bloss als fingierte Anerkennung des Gerichtsstandes angesehen werden müsste. Das bedeutet wiederum, dass im Dispositiv des

[1]) In diesem Sinn auch Escher 141; Pillet 225.

bundesgerichtlichen Entscheides — die genannte Ausnahme vorbehalten — nicht gesagt werden darf, der kantonale Richter sei zuständig oder nicht zuständig (weil ja das Bundesgericht nicht kantonales Prozessrecht anzuwenden hat). Der Rekurs ist gutzuheissen unter Aufhebung des kantonalen Urteils wegen Willkür, oder er ist einfach abzuweisen.

In der Literatur zum Staatsvertrag sind diese Folgerungen meines Wissens nirgends gezogen worden[1]). Aus der *bundesgerichtlichen Rechtsprechung* ist mir nur ein einziges Urteil gegenwärtig, wo die Problemstellung einwandfrei erkannt wurde. Es ist in BGE *25*[1] 102 publiziert und handelt von der Frage, ob ein kantonaler Richter, der sich unzuständig erklärte, trotzdem der Beklagte Anträge zur Hauptsache gestellt hatte, den Staatsvertrag unrichtig angewendet habe. Das Bundesgericht sagt dort: «...Si l'art. 1er, al. 1er et l'art. 11 du traité n'excluent pas la proprogation de for (gemeint ist die Einlassung), en revanche, ils n'en prescrivent ni les formes ni les conditions. La question de savoir si elle existe dans un cas donné dépend des circonstances de fait et des règles de procédure qui régissent la cause... A supposer que l'application faite en l'espèce de l'art. 220 org. jud. vaud. revêtît un caractère arbitraire..., il aurait pu y avoir là matière à un recours pour déni de justice, mais non pour violation du traité franco-suisse.» Das ist klar und deutlich. — Von den übrigen einschlägigen Urteilen des Bundesgerichtes behandeln zwei, im Anschluss an die bundesrätliche Botschaft, die Einlassung als stillschweigende élection de domicile[2]), während die Mehrzahl wenigstens richtig erkennt, dass Art. 3 des Staatsvertrages auf die Einlassungsfälle nicht

---

[1]) Auch nicht von Escher. Dieser macht zwar korrekt den Unterschied zwischen Domizilwahl und Einlassung, führt dann jedoch die Gedankenreihe nicht zu Ende. Sonst könnte er es nicht als fraglich hinstellen, «ob bei Inkompetenzerklärung trotz Einlassung von einer Vertragsverletzung die Rede sein kann.»

[2]) Siehe BGE *23*[1] 105, *49*[1] 202.

anwendbar ist[1]), aber dann doch den Entscheid in der Zuständigkeitsfrage selber trifft.

Interessant ist, was das Bundesgericht in BGE *30*[1] 733 ausführt. Es handelte sich dort um ein Begehren um Erneuerung der Ernennung von Schiedsrichtern[2]), die ihren Spruch nicht rechtzeitig gefällt hatten. Diese Schiedsrichter waren vom gleichen Gericht ernannt worden, das mit der neuen Klage angerufen wurde, und zwar war damals der nunmehrige Beklagte als Kläger aufgetreten; die Zuständigkeit war im ersten Verfahren unbestritten geblieben. Das Bundesgericht hat die beiden Verfahren als sachliche Einheit behandelt und gesagt, die einmal begründete Zuständigkeit bestehe weiter[3]); es verstiesse gegen Treu und Glauben, wenn derjenige, der beim erstenmal die Klage führte, später in der Rolle des Beklagten die Zuständigkeit desselben Gerichts in derselben Sache bestreiten könnte.

Die französischen Gerichte bevorzugen im allgemeinen eine streng wörtliche Auslegung des Art. 11 und sprechen von Amtes wegen ihre Unzuständigkeit aus, wenn die Klage nicht vor das Forum gebracht wurde, das der Staatsvertrag bezeichnet; sie lassen somit die Inkompetenzeinrede in jedem Stadium des Verfahrens zu. Diese Praxis ist deswegen merkwürdig, weil seinerzeit bei den Vertragsverhandlungen die französischen Delegierten nur mit Mühe dazu gebracht werden konnten, den Art. 11 zu akzeptieren. Es lassen sich immerhin auch einige Urteile zitieren, welche die Einlassung als Zuständigkeitsgrund anerkennen, und zwar sogar gegenüber Spezialgerichtsständen (Art. 4—10 des Staatsvertrages).

---

[1]) So BGE *13* 31, *21* 709 (wo Unterscheidung besonders deutlich), *30*[1] 733, *56*[2] 120. Unter diesen Urteilen nimmt das erste eine Sonderstellung ein: es handelt sich um einen Vollstreckungsfall, wo das Bundesgericht verpflichtet war, die Zuständigkeit (als Vollstreckungsvoraussetzung) zu prüfen; dort ist mithin nichts auszusetzen (siehe unten 90 f.).

[2]) Meines Erachtens eine Klage, die überhaupt nicht unter den Staatsvertrag fällt. Das Bundesgericht hat diese Frage offen gelassen.

[3]) Siehe zu dieser Frage oben 37.

Eine Zusammenstellung der französischen Praxis findet sich bei Escher 143 f.; da mir neue Entscheide in der Materie nicht bekannt sind, glaube ich mich mit diesem Hinweis begnügen zu können.

III. Die Bedeutung der prorogatio fori für die Urteilsvollstreckung.

Der zweite, von der Urteilsvollstreckung handelnde Teil des Staatsvertrags enthält keine selbständige Regelung der Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung. Art. 17 sagt lediglich, die Vollstreckung könne verweigert werden, wenn der Entscheid von einer inkompetenten Behörde gefällt worden ist. Wir sprachen davon unter I 3 (71 f.) und zogen die allgemeinen Folgerungen daraus. Nun handelt es sich noch darum, diese auf die Fälle anzuwenden, wo eine Prorogation für die Zuständigkeit bestimmend ist.

Wird in der Schweiz die Vollstreckung des Urteils eines französischen Gerichtes verlangt, dessen Zuständigkeit von der Anerkennung oder Nichtanerkennung einer Prorogation abhängt, so ist zunächst zu untersuchen, ob die Streitigkeit als solche unter den ersten Teil des Staatsvertrages fällt oder nicht.

Lautet die Antwort verneinend, so ist die Zuständigkeit des französischen Gerichts als gegeben zu betrachten, sofern die Grundsätze des schweizerischen Rechtes die französische Gerichtsbarkeit nicht ausschliessen[1]). In dieser Hinsicht findet namentlich Art. 59 BV Anwendung, genau wie gegenüber den Urteilen von Staaten, mit denen die Schweiz kein Vollstreckungsabkommen besitzt.

Gehört dagegen die Streitigkeit zu denjenigen, für welche der Staatsvertrag einen Gerichtsstand vorsieht, so muss die konkrete Zuständigkeit des urteilenden Gerichtes bestanden

[1]) Nach bundesgerichtlicher Praxis kommt dazu noch die Überprüfung der konkreten Zuständigkeit des französischen Gerichtes gemäss dem französischen Recht. Vgl. darüber oben 72 sowie die dort zitierten Entscheide.

haben, damit die Vollstreckung gewährt werden kann. Beim Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung, trete sie als élection de domicile oder in einer andern Form auf, ist daher zu prüfen, ob gemäss Art. 3 des Staatsvertrages gerade das urteilende Gericht Zuständigkeit besass; damit, dass die Schweiz keine Gerichtsbarkeit über den Rechtsstreit beansprucht, ist es nicht getan. Gründete das französische Gericht seine Zuständigkeit auf Einlassung des Beklagten, so hat eine doppelte Untersuchung Platz zu greifen. Einmal ist zu kontrollieren, ob es sich um eine «contestation en matière mobilière et personnelle» handelt, denn wenn einer der in den Artikeln 4—10 vorgesehenen Spezialgerichtsstände zutrifft, gibt es nach der wohl richtigen Auffassung keine Begründung einer anderweitigen Zuständigkeit durch Einlassung[1]). Zum andern muss geprüft werden, ob das Verhalten des Beklagten, welches das Gericht als zuständigkeitsbegründend betrachtete, sich als eine wirkliche und nicht bloss als eine fiktive Anerkennung des Gerichtes charakterisiert, denn nur unter dieser Voraussetzung ist anzunehmen, dass der Staatsvertrag eine Abweichung von seinen Kompetenznormen gestattet[2]). Weiter hat jedoch meines Erachtens die Nachkontrolle nicht zu gehen. Es ist für die Schweiz ohne Interesse, ob das Gericht das französische Prozessrecht korrekt angewendet hat. Selbstverständlich ist, dass in allen diesen Fällen Art. 59 BV nicht zur Diskussion steht, denn die Zuständigkeitsnorm, auf welche der Beklagte sich eventuell gegenüber der Prorogation berufen kann, wird durch den Staatsvertrag und nicht durch Landesrecht aufgestellt[3]). Trotzdem kommt der Praxis zu Art. 59 BV auch hier eine mittelbare Bedeutung zu. Sie hat in allgemein gültiger Weise Grundsätze entwickelt, die sich ohne weiteres anwenden lassen zur Lösung der Frage, ob der Beklagte sich durch Gerichtsstandsverein-

---

[1]) Vgl. dagegen immerhin Escher 143 f. (Art. 4 Abs. 2) und BGE *37*[1] 458 (Art. 5).

[2]) Vgl. BGE *13* 31.

[3]) Vgl. Roguin 798.

barung oder durch Einlassung vor einem unzuständigen Richter des Rechts begeben hat, sich auf den im Staatsvertrag garantierten Gerichtsstand zu berufen.

§ 7.

Im Vertrag mit Spanien.

1. Der zweite Teil des schweizerisch-französischen Vertrages von 1869 hat dem Vertrag zwischen der Schweiz und Spanien über die gegenseitige Vollstreckung von Urteilen und Erkenntnissen in Zivil- und Handelssachen, vom 19. November 1896, als Vorbild gedient. Dagegen enthält der schweizerisch-spanische Vertrag keine Gerichtsstandsbestimmungen, denn es erwies sich bei den Vorarbeiten, dass die in den beiden Ländern geltenden Grundsätze über die gerichtliche Zuständigkeit zu sehr voneinander abwichen, als dass man innert nützlicher Frist eine Einigung hätte erzielen können[1]). Die Normierung der Zuständigkeit im Erkenntnisverfahren bleibt daher ausschliesslich dem Landesrecht der beteiligten Staaten überlassen.

Art. 6 des Vertrages, eine fast wörtliche Kopie von Art. 17 des Abkommens mit Frankreich, führt die Zuständigkeit des urteilenden Gerichtes als erste (und wohl auch wichtigste) Vollstreckungsvoraussetzung auf. Der Passus lautet:

«L'exécution pourra être refusée dans les cas suivants:

1° Si la décision émane d'une juridiction incompétente.

2° ...

3° ...»

Nach welchen Grundsätzen ist nun im Vollstreckungsstaat zu ermitteln, ob das urteilende Gericht zuständig war?

---

[1]) Vgl. die Botschaft des Bundesrates BBl 1897 *3* 493.

Die Lage entspricht genau derjenigen, welche im Verhältnis zwischen der Schweiz und Frankreich in den Fällen besteht, wo der schweizerisch-französische Vertrag in seinem ersten Teil keine auf die betreffende Streitigkeit anwendbare Kompetenznorm enthält. Das Vorgehen richtet sich daher nach den dort entwickelten Regeln.

Hat somit das Gericht, welches das Urteil erliess, nach der lex fori über seine Zuständigkeit entschieden, so bindet dies nach schweizerischer Auffassung den Vollstreckungsstaat nicht. Vielmehr ist dieser, da dem Staatsvertrag keine bezügliche Vorschrift entnommen werden kann, zur *unabhängigen Prüfung* befugt, ob die bei ihm geltenden Grundsätze über die Abgrenzung der Gerichtsbarkeit nicht die Zuständigkeit der Gerichte des Urteilsstaates ausschliessen. Darüber hinaus untersucht das Bundesgericht, was entbehrlich scheint[1]), ob das fremde Gericht nach seinem internen Rechte konkret zuständig war[2]). Wesentliche Folge der Überprüfung ist, vom schweizerischen Standpunkt, dass die Vollstreckung des Urteils verweigert wird, wenn es zu Art. 59 BV in Widerspruch steht[3]).

Merkwürdigerweise gibt es bis jetzt nur eine spärliche Praxis zum schweizerisch-spanischen Vollstreckungsvertrag. Aus der Schweiz sind mir überhaupt keine Urteile in der Materie bekannt. Der spanische Oberste Gerichtshof hat am 7. Juni 1911 die Vollstreckung eines zürcherischen Kontumazialurteils gegen einen Spanier bewilligt und dabei — entgegen den Vermutungen, die das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement in zwei Gutachten zum Ausdruck brachte — den Standpunkt eingenommen, die Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung sei nur nach dem Recht des Urteilsstaates zu überprüfen; es handle sich um eine blosse Tatfrage. Trotzdem der Staatsanwalt beim Obersten Gerichtshof den Entscheid kritisierte, hat dieser im Jahre 1924,

---

[1]) Vgl. oben 72.
[2]) BGE *25*[1] 92, *35*[1] 464, *64*[1] 202.
[3]) Leresche 49.

offenbar gestützt auf analoge Erwägungen, wiederum ein zürcherisches Urteil vollstreckbar erklärt[1]). Ferner hat er 1923 die Vollstreckung eines Schiedsspruches gegen eine schweizerische Firma in Barcelona gewährt.

2. Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat schon in einem Gutachten vom 25. Februar 1910 (betreffend das Verfahren, das zum ersten der zitierten spanischen Exequatur-Entscheide führte) die Ansicht ausgesprochen, es empfehle sich für die schweizerischen Exporteure, die Zuständigkeit der einheimischen Gerichte durch *Gerichtsstandsvereinbarung* festzulegen. In der Tat anerkennt das spanische wie das schweizerische Recht die zuständigkeitsbegründende Wirkung solcher Abreden[2]), so dass für die Urteilsvollstrekkung in Spanien deswegen keine Schwierigkeiten zu befürchten wären, selbst wenn sich die spanische Praxis bezüglich des anwendbaren Rechtes ändern sollte.

Der spanische Zivilprozess führt auch die *Einlassung* als Zuständigkeitsgrund auf[3]). Dem vom Kläger angerufenen Gericht unterwirft sich der Beklagte dadurch, dass er zu Beginn der Verhandlungen die Inkompetenzeinrede nicht erhebt. Um so mehr wird man in Spanien die durch Einlassung des Beklagten begründete Zuständigkeit des schweizerischen Richters anerkennen, weil dessen eigenes Prozessrecht regelmässig die Voraussetzung aufstellt, dass der Beklagte vorbehaltlos zur Hauptsache verhandelt haben muss. Umge-

[1]) Vgl. Burckhardt, Bundesrecht *4* 134 f.; Alexander 12. Diese Stellungnahme des spanischen Obersten Gerichtshofes liess sich nicht ohne weiteres erwarten. Der schweizerische Bundesrat schreibt in seinem Geschäftsbericht für das Jahr 1899 (BBl 1899 *1* 356): «... Aus dem Bericht unseres Generalkonsuls in Madrid vom 20. Juni geht hervor, dass betreffend die Interpretation des Art. 6 Ziff. 1 in Spanien dieselbe Auffassung besteht wie in der Schweiz; darnach wird die Frage der Zuständigkeit des Gerichts, dessen Urteil im andern Staat zu vollstrecken ist, nach der Gesetzgebung des requirierten Staates beurteilt.»

[2]) Vgl. Art. 56 und 57 des spanischen Zivilprozessgesetzes. Zu beachten ist, dass Art. 57 vorschreibt, der Richter müsse «con toda precision» bezeichnet werden.

[3]) Vgl. Art. 58.

kehrt wäre die Vollstreckung eines spanischen Urteils in der Schweiz zu verweigern, wenn das Verhalten des Beklagten, das in Spanien als Unterwerfung unter das spanische Gericht betrachtet wurde, sich nicht als Verzicht auf die Garantie des Art. 59 BV im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[1]) auffassen lässt — unter der Voraussetzung natürlich, dass sich die verfassungsmässige Garantie überhaupt auf den betreffenden Beklagten erstreckt.

§ 8.

Im Vertrag mit der Tschechoslowakei.

1. Dem Vertrag zwischen der Schweiz und der tschechoslowakischen Republik über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, vom 21. Dezember 1926, müssen einige Worte gewidmet werden, weil er voraussichtlich zwischen der Schweiz und der heute selbständigen *Slowakei* weitergelten wird[2]). S. darüber oben 65 f.

Auffallend ist an diesem reinen Vollstreckungsvertrag, dass er sich sehr stark an das Vorbild des *Haager Entwurfs* von 1925 anlehnt, der denn auch in der bundesrätlichen Botschaft vollinhaltlich zitiert wird[3]). Vor allem ist der Haager Entwurf bei der Umschreibung der *Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung* wegleitend gewesen. Auf einen Katalog von Zuständigkeitsgründen wird vollständig verzichtet. Die Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung ist gemäss Art. 1 des Vertrages anzuerkennen, wenn «die Grundsätze, die nach dem Rechte des Staates, wo die Entscheidung geltend gemacht wird, über die internationale Zu-

---

[1]) Vgl. oben 50 ff.

[2]) Der Vertrag mit der Tschechoslowakei ist in verhältnismässig seltenen Fällen angerufen worden. Publiziert sind meines Wissens nur ein bundesgerichtliches Urteil (BGE *56*[1] 539) und vereinzelte Entscheidungen aus Luzern und Zürich (ZBJV *66* 95; ZR 1933 Nr. 29, 1937 Nr. 183), wovon die letzte, die keine Vollstreckungssache betrifft, mit dem Vertrag nur in mittelbarem Zusammenhange steht.

[3]) BBl 1927 *1* 369.

ständigkeit der Gerichte bestehen, die Gerichtsbarkeit des andern Staates für den in Frage stehenden Fall nicht aus schliessen». Es wird demnach im Vollstreckungsstaat, um die üblichen Ausdrücke zu gebrauchen, eine Prüfung der «abstrakten Zuständigkeit» nach «negativem System» vorgenommen. Die Vollstreckung ist zu versagen, wenn gemäss dem Rechte des Vollstreckungsstaates dessen eigenen Gerichten oder denjenigen eines dritten Staates[1]) die ausschliessliche Zuständigkeit zukommt.

Für die Schweiz bedeutet dies namentlich, dass die uneingeschränkte Anwendung von *Art. 59 BV* vorbehalten bleibt. Der Tschechoslowakei ist, da ihr Recht eine analoge Bestimmung nicht enthielt, in eigenartiger Weise Gegenrecht eingeräumt worden. Art. 2 des Vertrages lautet:

«In Berücksichtigung der Fälle, wo die Schweiz, gestützt auf Artikel 59 der Bundesverfassung, im Sinne von Artikel 1, Ziff. 1, dieses Vertrages die Gerichtsbarkeit eines andern Staates nicht anerkennt, wird in entsprechender Weise folgendes bestimmt:

Bei persönlichen Ansprüchen gegen einen zahlungsfähigen Schuldner, der im Zeitpunkt der Erhebung der Klage seinen Wohnsitz in der Tschechoslowakei hatte, wird in der Tschechoslowakei die schweizerische Gerichtsbarkeit nicht anerkannt, sofern nicht dieser Schuldner einen Gerichtsstand in der Schweiz vereinbart oder sich vorbehaltlos auf die Klage vor dem schweizerischen Richter eingelassen hat.

Diese Bestimmung steht der Anerkennung der schweizerischen Gerichtsbarkeit nicht entgegen, wenn der Schuldner am Orte seiner geschäftlichen Niederlassung oder Zweigniederlassung für Ansprüche aus dem Betriebe dieser Niederlassung belangt worden ist oder wenn am Gerichtsstand der Hauptklage eine mit dieser zusammenhängende Widerklage erhoben worden ist.

Die familien- und erbrechtlichen Klagen sowie die dinglichen und gemischten Klagen gelten nicht als persönliche Ansprüche im Sinne dieser Bestimmung.»

Es wird somit gehalten, als gälte Art. 59 BV, wie ihn die bundesgerichtliche Praxis auslegt, nicht nur in der Schweiz, sondern auch im andern Vertragsstaat. Die Verfassungsbestimmung bildet auf diese Weise einen Bestandteil des Vertrages. Obschon der Entscheid im Verfahren der

[1]) Petitpierre 31; Alexander 9 f.

Vollstreckbarerklärung sich auf den Vertragstext stützt, richtet sich dessen Auslegung doch nach derjenigen, die dem Art. 59 BV gegeben wird[1]). «Wenn über die Tragweite des Artikels 2 Zweifel auftauchen, werden das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement und das tschechoslowakische Justizministerium einander zweckdienliche Auskunft erteilen, immerhin unter Vorbehalt der Entscheidungsfreiheit der Gerichte»: so bestimmt das Zusatzprotokoll vom 21. Dezember 1926.

2. Wird mithin in der Schweiz im Verfahren der Vollstreckbarerklärung die Zuständigkeit des ausländischen Gerichtes auf eine *Prorogation* gestützt, so hat die Behörde nicht zu prüfen, ob gerade das urteilende Gericht durch Parteiverhalten zuständig geworden sei, sondern nur, ob nicht nach den Grundsätzen des schweizerischen Rechtes die Kompetenz der Gerichte des Urteilsstaates für den betreffenden Fall generell ausgeschlossen war. Vorab darf es sich nicht um eine Streitigkeit handeln, für die das schweizerische Recht ein schweizerisches Gericht oder die Gerichte eines dritten Staates als ausschliesslich zuständig bezeichnet. Bei persönlichen Ansprachen gegen einen in der Schweiz wohnenden Beklagten ist zu untersuchen, ob der Beklagte auf die Garantie des Art. 59 BV wirksam verzichtet hat; die Kriterien sind genau die gleichen wie im interkantonalen Verhältnis. Somit genügt an dieser Stelle ganz einfach der Hinweis auf die in § 4 besprochene Praxis des Bundesgerichts zu Art. 59 BV.

§ 9.

Im Abkommen mit Deutschland.

I. Die Ordnung der Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung.

1. Durch das Abkommen zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reich über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen

[1]) Stauffer 31 ff.

Entscheidungen und Schiedssprüchen, vom 2. November 1929, ist einem unerfreulichen Rechtszustand ein Ende gesetzt worden. Bis dahin hatte sich die deutsche Praxis auf den Standpunkt gestellt, die Vollstreckung schweizerischer Urteile müsse verweigert werden, weil die erforderliche Gegenseitigkeit nicht gewährleistet sei, indem die Schweiz wegen ihres starren Festhaltens an Art. 59 BV die Vollziehung zahlreicher ausländischer Urteile ablehne[1]). Das Vollstreckungsabkommen löste diesen Konflikt und berücksichtigte die Interessen beider Staaten, indem es für die *gegenseitige* Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen (von den schiedsgerichtlichen ist hier nicht zu sprechen) die Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung so umschrieb, dass den Leitlinien der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 59 im allgemeinen Rechnung getragen wurde[2]). Wegen des bedeutenden Wirtschaftsverkehrs zwischen den beteiligten Ländern ist das Abkommen zum praktisch wichtigsten Vollstreckungsvertrag der Schweiz geworden.

Das Abkommen enthält keine Zuständigkeitsregeln, die vom Richter im Erkenntnisverfahren zu befolgen wären. Es schreibt nur vor, wann im Verfahren der Vollstreckbarerklärung das Gericht, von dem das Urteil ausgeht, als zuständig anzuerkennen sei[3]). Obwohl auch hier der Haager Entwurf als Anregung und Grundlage gedient hat[4]), begnügt sich das Abkommen nicht damit, die *Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung* nur mittelst einer allgemeinen Formel zu normieren. Es unterscheidet zunächst zwischen vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten. Bei letzteren wird die Zuständigkeit nur dann nachgeprüft, wenn in dem Rechtsstreit ein Angehöriger des Voll-

[1]) Vgl. Deutsche Rechtsprechung IPR 1931 263; Stauffer, Neue Verträge 3 f. und Zitate.

[2]) Gaupp-Stein-Jonas, Anhang II zu § 723, I.

[3]) Botschaft des Bundesrates, BBl 1929 *3* 531.

[4]) Verbot der révision au fond; Aufstellung formaler Vollstreckungsvoraussetzungen und Vorbehalt gewisser «Versagungsgründe».

streckungsstaates als Partei auftrat[1]), und ist anzuerkennen, sofern nicht nach dem Rechte des Vollstreckungsstaates die Gerichtsbarkeit des Urteilsstaates nicht begründet war[2]) (Prüfung der «abstrakten Zuständigkeit» nach «positivem System»). Für die vermögensrechtlichen Streitigkeiten stellt Art 2, der vorab auf die Zuständigkeitsbestimmungen anderer Staatsverträge hinweist, einen Katalog von Zuständigkeitsgründen auf. Trifft einer von diesen auf die in Frage stehende Streitigkeit zu, so wird die Gerichtsbarkeit des Urteilsstaates als gegeben betrachtet; eine Kontrolle der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit gerade des urteilenden Gerichtes findet nicht statt[3]). Beide Staaten behalten sich jedoch vor, die Vollstreckung dann zu verweigern, wenn nach ihrem internen Recht eine ausschliessliche Zuständigkeit für ihre eigenen Gerichte besteht[4]) (d. h. wenn sie selber die ausschliessliche Gerichtsbarkeit beanspruchen[5]); insofern folgt der Vertrag dem «negativen System»). Nach dieser Klausel darf einem Urteil die Anerkennung nicht mit der Begründung versagt werden, dass nach dem Rechte des Vollstrekkungsstaates die Gerichtsbarkeit ausschliesslich einem dritten Staate zukomme[6]).

2. Der in Art. 2 enthaltene Zuständigkeitskatalog für die vermögensrechtlichen Streitigkeiten — die hier allein interessieren — ist nicht abschliessend. Trifft keiner der aufgeführten Zuständigkeitsgründe zu, so fällt die Streit-

[1]) Nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten fallen unter das Abkommen überhaupt nur, wenn beide Parteien Angehörige der Vertragsstaaten sind.

[2]) Art. 3; Probst 63.

[3]) Botschaft 534. Vgl. dazu unten 105.

[4]) Art. 1.

[5]) Nach deutschem wie nach schweizerischem Recht besteht kein grundsätzliches Hindernis gegen Prorogationen ins Ausland, auch wenn damit der Ausschluss der inländischen Gerichtsbarkeit verbunden ist. Früher sind in Deutschland gegen eine derartige Preisgabe der deutschen Gerichtsbarkeit Bedenken erhoben worden, doch haben sie sich nicht durchgesetzt. Vgl. Berliner 32 und Zitate. Abweichend z. B. der italienische Standpunkt (s. unten 110 f.).

[6]) Petitpierre 31.

sache nicht unter die staatsvertragliche Anerkennungs- und Vollstreckungspflicht. Der Vollstreckungsstaat entscheidet autonom, wie er sich gegenüber dem Urteil verhalten will[1]).

Dass der Katalog der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu *Art. 59 BV* weitgehend folgt, wurde bereits angetönt. Eine Abweichung ist insofern festzustellen, als der Begriff der vermögensrechtlichen Streitigkeit weiter ist als derjenige der «persönlichen Ansprache gegen den aufrechtstehenden Schuldner»[2]). Vom schweizerischen Standpunkt muss begrüssenswert erscheinen, dass der Vertrag den Gerichtsstand des Erfüllungsortes, der nach deutschem Recht als «eigentlicher Gerichtsstand des Geschäftsverkehrs» eine wichtige Rolle spielt[3]), nicht aufführt.

II. Die auf Prorogation beruhende Zuständigkeit.

1. Nach Art. 2 Ziff. 2 ist das Erfordernis der Zuständigkeit erfüllt, «wenn sich der Beklagte durch eine *ausdrückliche Vereinbarung* der Zuständigkeit des Gerichts, das die Entscheidung gefällt hat, unterworfen hatte.»

Bei den schriftlichen Verhandlungen vor Abschluss des Abkommens wurde festgestellt, dass nach deutscher Rechtsauffassung als Vereinbarung eines Gerichtsstandes zwar nicht eine Fakturenklausel oder die blosse Vereinbarung eines Erfüllungsortes, wohl aber jede Abrede anzusehen sei, aus welcher der Parteiwille, die aus einem bestimmten Rechtsverhältnis sich ergebenden Streitigkeiten der Entscheidung eines bestimmten Gerichtes zu unterwerfen, mit ausreichender Deutlichkeit hervorgeht[4]). Damit deckt sich die schweizerische Anschauung ziemlich genau. Aus der Praxis zum Ab-

---

[1]) Botschaft 532.

[2]) Botschaft 534.

[3]) § 29 DZPO; Gaupp-Stein-Jonas, § 29 I—V. Aus der Judikatur vgl. z. B. Deutsche Rechtsprechung ZPR 1931 232.

[4]) Botschaft 535; Gaupp-Stein-Jonas, Anhang II zu § 723 II A 2.

kommen mit Deutschland ist als grundlegend in dieser Hinsicht der in BGE *58*[1] 98 publizierte Entscheid des Bundesgerichts anzuführen. Das Bundesgericht unterscheidet, was das *Erfordernis der Ausdrücklichkeit* anbelangt, zwischen Gerichtsstandsklauseln, die schon in der Offerte zum Abschluss des zivilrechtlichen Rechtsgeschäftes enthalten waren, und selbständigen, namentlich nachträglich erfolgenden Abreden über die Zuständigkeit. Im ersten Fall ist Ausdrücklichkeit der Vereinbarung anzunehmen, wenn deren Wortlaut unzweideutig besagt, dass die Parteien sich für Streitigkeiten aus dem Hauptvertrag einem bestimmten Gericht unterwerfen[1]); dabei wird nicht verlangt, dass die Prorogationsklausel gesondert unterschrieben oder in der Annahmeerklärung ausdrücklich erwähnt sei, sondern es genügt, wenn die Annahme der materiellen Vertragsbedingungen keinen gegen die Prorogation gerichteten Vorbehalt enthält. Im zweiten Fall hingegen, der insbesondere gegeben ist, wenn die Prorogationsklausel erst in einer Auftragsbestätigung oder auf einer Faktur (also nach Abschluss des Hauptvertrages) erscheint, wird die Abrede auch bei unmissverständlichem Inhalt nur als zustande gekommen betrachtet, sofern die Annahme durch ausdrückliche Erklärung erfolgte. Die Lösung ergibt sich aus dem in Art. 6 OR niedergelegten (analog anwendbaren) Grundsatz[2]). Der Entscheid führt im übrigen aus, es genüge, dass die Gerichtsstandsklausel unter «*allgemeinen Verkaufsbedingungen*» figuriert, die mit der Offerte zum Abschluss des Hauptvertrages auf separatem Blatt übermittelt wurden. Dies wird bestätigt durch BGE *62*[1] 84, wo das Bundesgericht beifügt, eine besondere Hervorhebung der Klausel

---

[1]) Wozu die blosse Abrede eines Zahlungs- oder Erfüllungsortes oder eine Domizilwahl ohne besondern Hinweis auf die Absicht der Begründung einer Zuständigkeit nicht ausreicht. Vgl. Petitpierre 33.

[2]) Vgl. oben 43 f. Über das Ziel hinaus schiesst der bernische Appellationshof in ZBJV *69* 276, wo er ausführt, zu einer ausdrücklichen Vereinbarung gehöre begriffsnotwendig eine ausdrückliche Erklärung des Beklagten. Siehe auch ZBJV *67* 33, *68* 46, *68* 80; ferner ein Zürcher Urteil in ZR *32* Nr. 27.

durch Fettdruck sei nicht erforderlich, sofern wenigstens die das Angebot annehmende Partei genügend Musse hatte, die Verkaufsbedingungen zu studieren.

Drei weitere bundesgerichtliche Entscheidungen zum schweizerisch-deutschen Abkommen[1]) besprechen die Frage, bezüglich welcher Streitigkeiten die Zuständigkeitsvereinbarung gelte. Auch die in Form einer blossen Vertragsklausel auftretende Gerichtsstandsabrede stellt einen selbständigen (prozessrechtlichen) Vertrag dar, dessen Gültigkeit von derjenigen des zivilrechtlichen Rechtsgeschäftes nicht abhängig ist. Mangels einer ausdrücklichen oder unzweideutigen andern Einschränkung des Inhaltes einer Prorogationsklausel muss angenommen werden, diese beziehe sich nicht nur auf Streitigkeiten über die *Erfüllung* des Hauptvertrages, sondern auch auf solche über dessen *Gültigkeit oder Ungültigkeit.* Hat der in der Vereinbarung bezeichnete Richter den Hauptvertrag nichtig erklärt, so kann der Beklagte im Verfahren der Vollstreckbarerklärung daraus nicht ableiten, der Richter sei unzuständig gewesen.

Im letzten dieser drei Urteile hat das Bundesgericht das Problem gestreift, nach *welchem Recht* die *materielle Verbindlichkeit einer Gerichtsstandsabrede* im Verfahren der Vollstreckbarerklärung zu prüfen sei. Die Lösung ist offen gelassen worden, unter einem blossen Hinweis auf die Praxis zum schweizerisch-französischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsvertrag, wo das Recht des Abschlussortes als massgebend bezeichnet wird. Meines Erachtens hätte die Antwort ruhig dahin lauten können, dass gegenüber Deutschland im Verfahren der Vollstreckbarerklärung allein nach schweizerischem Recht entschieden werde, ob die rechtsgeschäftlichen Gültigkeitserfordernisse[2]) einer Gerichtsstands-

---

[1]) BGE *59*[1] 224, *62*[1] 233, *64*[1] 42.

[2]) In diesen Zusammenhang gehört beispielsweise die Frage, in welcher *Form* eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen werden muss. Unrichtig Probst 87, wo auf die international-privatrechtlichen Normen über die Form der Verträge verwiesen wird. Zu den

vereinbarung erfüllt sind. Wollte man auf fremdes Recht abstellen und die Vereinbarung als gültig zustande gekommen betrachten, obgleich dies nach den schweizerischen Grundsätzen nicht der Fall wäre, so könnte gemäss der Generalklausel [1]) trotzdem die Vollstreckung verweigert werden, wenn die Streitigkeit zu denjenigen zählt, für welche die Schweiz (bzw. ein schweizerischer Kanton) gestützt auf Art. 59 der Bundesverfassung die ausschliessliche Gerichtsbarkeit beansprucht. Die Anwendung des fremden Rechtes hätte somit, wenigstens wo es sich um persönliche Ansprachen gegen einen aufrechtstehenden, in der Schweiz wohnenden Schuldner handelt, gar keinen Sinn [2]). Gegenüber Frankreich konnte anders entschieden werden, weil die Gerichtsstände des Staatsvertrages den landesrechtlichen unbedingt vorgehen, ein Vertragsstaat somit nicht die ausschliessliche Gerichtsbarkeit beanspruchen darf.

Eine Entscheidung des Zürcher Obergerichts [3]) führt aus, der prorogierte Gerichtsstand müsse, wenn nicht ein laufender Geschäftsverkehr zwischen den Parteien vorliege, für jedes folgende Rechtsgeschäft durch Vertrag neu begründet werden. Das Gericht betrachtet eine «generelle, von einem Vertrag losgelöste Prorogation» als nicht zulässig. Das dürfte etwas zu weit gehen. Richtig ist sicher, dass eine Prorogation, die bezüglich eines bestimmten Vertrages getroffen wurde, nicht auch für spätere Rechtsgeschäfte einfach in Anspruch genommen werden kann. Dagegen sollte doch gestattet werden, dass zwei Kaufleute bei Beginn einer Geschäftsverbindung, auch wenn diese nicht fortlaufend zu Vertragsabschlüssen führt, für die möglicherweise zwischen ihnen

---

rechtsgeschäftlichen Gültigkeitserfordernissen zählt auch das Fehlen besonderer Nichtigkeitsgründe; man denke an Art. 11 des schweizerischen Handelsreisendengesetzes.

[1]) Art. 1 des Abkommens.

[2]) Vgl. Petitpierre 34; Berliner 62, wo der Vorbehalt gemacht wird, dass die Parteien nicht ausdrücklich die Anwendung des deutschen Rechtes vereinbart haben.

[3]) ZR *32* Nr. 27.

entstehenden Streitigkeiten sich ganz allgemein einem bestimmten Gericht unterwerfen. Das Erfordernis, dass die Streitigkeit nach ihrer Natur und Bedeutung voraussehbar sein soll, ist dabei erfüllt[1]).

Art. 11 des Bundesgesetzes über die Handelsreisenden, vom 4. Oktober 1930, bestimmt, dass Gerichtsstandsvereinbarungen mit Kleinreisenden nichtig sind. Das Zürcher Obergericht hat diese im Interesse der Sittlichkeit und des Gemeinwohles erlassene Vorschrift mit Recht auch auf einen Vertragsschluss mit einem deutschen Kleinreisenden zur Anwendung gebracht[2]).

Das zu vollstreckende Urteil muss *gerade von dem Gericht* gefällt worden sein, auf welches die Vereinbarung lautet; nur unter dieser Voraussetzung wird die Gerichtsbarkeit des Urteilsstaates anerkannt. Die Konstruktion (dass nämlich auch in diesem Falle nicht die konkrete Zuständigkeit des urteilenden Gerichtes als Vollstreckungsvoraussetzung zu betrachten ist[3]), mag etwas merkwürdig anmuten, aber man muss sich mit ihr abfinden. Das Bundesgericht hat in einem sehr interessanten Entscheide[4]) ausgeführt, welche Anforderungen an das gestützt auf eine Gerichtsstandsvereinbarung erlassene Urteil zu stellen sind. Unterwerfung unter einen bestimmten Richter kann danach nur bedeuten, dass dieser sein Erkenntnis gestützt auf eigene rechtliche Beurteilung der Streitsache ausfällen soll. Wenn der von den Parteien bezeichnete Richter bloss einen Leistungsbefehl erliess und dabei einfach darauf abstellte, dass vorher eine andere Behörde (es handelte sich in casu um eine Aufwertungsstelle) über die Schuldpflicht bereits entschieden hatte, so

---

[1]) Burckhardt 560; Berliner 56; vgl. oben 11.

[2]) Nicht gesagt ist in dem Entscheid, ob die Verweigerung der Urteilsvollstreckung wegen Unzuständigkeit des Gerichtes mangels einer (nach schweizerischem Recht) gültigen Gerichtsstandsvereinbarung oder mit Rücksicht auf den ordre public erfolgte. Der ersten Lösung wäre der Vorzug zu geben. A. M. Storck 34.

[3]) Siehe oben 99.

[4]) BGE *59*[1] 232.

ist die Vollstreckung zu verweigern, weil eben jene andere Behörde durch die Prorogation nicht zuständig geworden war und der Entscheid über die Schuldpflicht gerade den wesentlichen Kern des Urteils darstellt. Diese Lösung gilt wenigstens dann, wenn die Instanz, welche mit ihrem Spruch den Leistungsbefehl präjudiziert hat, nach der internen deutschen Zuständigkeitsordnung nicht ausschliesslich (was nach deutschen Begriffen mit «zwingend» identisch ist) zuständig war. Ob sie im gegenteiligen Falle, wo also der prorogierte Richter über die Vorfrage auch im Einverständnis mit den Parteien nicht hätte urteilen können, ebenfalls aufrechtzuerhalten wäre, lässt das Bundesgericht offen. Mir scheint aber, bei solcher Rechtslage sollte die Vollstreckung gewährt werden, denn beim Abschluss einer internationalen Zuständigkeitsvereinbarung ist doch die Unterwerfung unter die fremde Gerichtsbarkeit, nicht die Zuständigkeit eines speziellen Gerichtes das Wichtigste für die Partei, die auf die Anrufung der Gerichte ihres eigenen Staates verzichtet[1]).

2. Die Zuständigkeit der Gerichte des Urteilsstaates ist gemäss Art. 2 des Abkommens, erstes Alinea und Ziff. 3, begründet, «*wenn der Beklagte sich vorbehaltlos auf den Rechtsstreit eingelassen hatte*». Ferner findet sich die Einlassung in Art. 4 Abs. 3 erwähnt, wo gesagt ist, dass der Beklagte sich nur dann auf unrichtige Ladung berufen könne, wenn er sich nicht eingelassen hat.

Unter Einlassung auf eine Klage versteht das deutsche wie das schweizerische Recht[2]) die Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache[3]) (ohne Geltendmachung der Unzuständigkeit des vom Kläger angerufenen Gerichtes). Es ist mithin nicht zu befürchten, dass in dieser Hinsicht die Auslegung des Abkommens wegen Differenzen in den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten zu Schwierigkeiten Anlass geben könnte.

---

[1]) Vgl. Berliner 11 ff.

[2]) Dieses wenigstens mit nur geringfügigen Ausnahmen. Vgl. oben 35 f.

[3]) Siehe darüber oben §§ 3, 4; Gaupp-Stein-Jonas, § 39 II.

Was die «*Vorbehaltlosigkeit*» der Einlassung betrifft, stellt das Sitzungsprotokoll zu den Vertragsverhandlungen fest:

«Ein „Vorbehalt" des Beklagten im Sinne dieser Vorschrift liegt nicht nur dann vor, wenn er die formelle Einrede der Unzuständigkeit erhoben hat. Es genügt vielmehr, wenn er in den Fällen, in denen nach dem Rechte des Urteilsstaates die Zuständigkeit des Prozessgerichts begründet ist, vor der Einlassung zu erkennen gibt, dass er sich dem Verfahren nur für den Urteilsstaat unterwerfe und einer Durchführung des Urteils in dem andern Staate widerspreche[1]).»

Das Bundesgericht hat diesen im Protokoll niedergelegten Grundsatz sowohl auf den schweizerisch-österreichischen als auch auf den schweizerisch-deutschen Vollstreckungsvertrag angewendet[2]) und dabei ausgeführt, dem Beklagten werde sein Verhalten nicht als vorbehaltlose Einlassung zugerechnet, wenn er spätestens gleichzeitig mit seinen ersten Ausführungen zur Hauptsache geltend mache, dass er nach dem Abkommen sich der Anerkennung und Vollstreckung des Urteils in der Schweiz widersetzen könne und sich vorbehalte, von diesem Recht Gebrauch zu machen. Offen gelassen wurde dabei, ob ein derartiger Vorbehalt auch genüge, wenn das urteilende Gericht nach seinem Landesrecht nicht zuständig ist. Diese Frage wird allerdings praktisch kaum aktuell werden, denn die Zuständigkeit des deutschen Gerichtes wird regelmässig vorhanden sein (Gerichtsstände des Erfüllungsortes und des Vermögens). Es erscheint überhaupt richtig, von vornherein anzunehmen, dass das angerufene Gericht, das rechtskräftig geurteilt hat, nach seinem Landesrechte zuständig war.

Wer mit seiner Unzuständigkeitseinrede erstinstanzlich abgewiesen wurde oder doch einen Vorbehalt im erwähnten Sinne angebracht hat, dem darf es *nicht als Anerkennung* des Richters ausgelegt werden, wenn er nachher zur Hauptsache verhandelt. Der Entscheid über die Zuständigkeitsfrage braucht nicht weitergezogen zu werden, und der Beklagte kann sich mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln

[1]) Botschaft 525.
[2]) BGE *57*[1] 23, *60*[1] 132; vgl. auch *63*[1] 17.

verteidigen. Zu diesen zählt auch die Erhebung einer *Widerklage*. Das Bundesgericht hat allerdings die Möglichkeit bestehen lassen, dass es hier anders entscheiden würde, wenn der Betrag der Widerklageforderung den der Hauptklageforderung übersteigt, wenn die Widerklage sich mithin inhaltlich nicht als eine blosse Form der Kompensationseinrede charakterisiert; dann liesse sich der Standpunkt vertreten, der Beklagte anerkenne durch konkludentes Verhalten nachträglich den Hauptklagegerichtsstand[1]). Die Frage ist eine der heiklen. Gegen die vom Bundesgericht angetönte Argumentation spricht, dass dem Beklagten wohl nicht zugemutet werden könnte, eine Widerklage — vielleicht sein einziges wirksames Verteidigungsmittel — bloss deswegen zu unterlassen, weil zufällig die Widerklageforderung höher ist als die Hauptklageforderung oder weil der Gegenstand der Widerklage sich mit demjenigen der Hauptklage nicht kompensieren lässt. Übrigens wird in der Regel für die Widerklageforderung, auch wenn sie selbständig geltend gemacht wird, der Gerichtsstand des urteilenden Gerichts gegeben sein.

Der Grundsatz, dass dem mit seiner Unzuständigkeitseinrede unterlegenen Beklagten die Verhandlung zur Hauptsache nicht als vorbehaltlose Einlassung ausgelegt werden darf, lässt sich nicht übertragen auf den Fall, wo der Beklagte sich nachträglich durch *gerichtlichen Vergleich* vorbehaltlos verpflichtet, dem Kläger eine gewisse Summe zu zahlen. Im Abschluss eines solchen Vergleiches liegt die Anerkennung der Zuständigkeit des Gerichtes, soweit dessen Mitwirkung Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit des Vergleiches ist. Wenn der Beklagte dem Vergleich nur die Bedeutung eines Titels für die Vollstreckung in sein im Prozessstaat gelegenes Vermögen geben will, muss er einen entsprechenden Vorbehalt anbringen[2]).

---

[1]) BGE *63*[1] 17. Die nachträgliche Anerkennung könnte nach Bundesgericht auch in «andern Umständen» liegen; es wird jedoch nicht näher ausgeführt, wie diese Umstände beschaffen sein müssten.

[2]) BGE *64*[1] 266.

Eine nach deutschem Recht ungültige Eingabe an ein deutsches Gericht begründet keine vorbehaltlose Einlassung auf den Rechtsstreit im Sinne von Art. 2 Ziff. 3 des Abkommens[1]).

§ 10.

Im Abkommen mit Italien.

I. Die Ordnung der Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung.

1. Schon bei den Verhandlungen zum Abschluss des schweizerisch-italienischen Niederlassungs- und Konsularvertrages von 1868 versuchten die Abgeordneten beider Länder, auch zu einer Vereinbarung über die gegenseitige Vollstreckung von Zivilurteilen zu gelangen. Die Bemühungen scheiterten, weil bezüglich der persönlichen Klagen die Zuständigkeitsvorschriften des schweizerischen und des italienischen Rechtes allzu weit voneinander abwichen. Für die Schweiz bedeutete der Grundsatz, dass der zahlungsfähige Beklagte an seinem Wohnsitz gesucht werden müsse, eine Gegebenheit (damaliger Art. 50 der Bundesverfassung). Art. 105 der italienischen Zivilprozessordnung sah dagegen vor, dass in Streitigkeiten aus einem in Italien geschlossenen oder dort erfüllbaren Vertrag ein Ausländer stets vor die italienischen Gerichte gezogen werden könne (forum contractus und forum executionis). Italien stellte sich auf den Standpunkt, es sollten alle auf diese Weise ausgefällten italienischen Urteile in der Schweiz vollziehbar sein, was praktisch darauf hinausgelaufen wäre, dass der Abschluss eines beliebigen Lieferungsvertrages mit einem in Italien wohnenden Italiener für die schweizerische Partei den Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnsitzes nach sich gezogen hätte. Einen solchen Vorschlag konnte die Schweiz nicht annehmen. Schon die bundesrätliche Botschaft be-

[1]) BGE *68*[1] 162.

merkte aber, Italien werde sich vermutlich eines andern besinnen, da es mit derartigen Ansprüchen den internationalen Handel zu seinem eigenen Schaden abschrecke[1]).

Im Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, vom 3. Januar 1933, haben die genannten Schwierigkeiten nun überbrückt werden können. Dieses reine Vollstreckungsabkommen[2]), das sich auf vermögensrechtliche und nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten bezieht und das Vorbild des Haager Entwurfes nicht verleugnet, regelt die Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung in sehr geistreicher Weise. Es stellt primär in Art. 2 einen Katalog von Zuständigkeitsgründen auf[3]), 7 Ziffern umfassend[4]), von denen die Nrn. 1—4 im allgemeinen den Grundsätzen der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 59 BV entsprechen[5]), während die Nrn. 5—7 sich auf Streitigkeiten des Personen-, Familien- und Erbrechts sowie auf dingliche Immobiliarklagen beziehen. Die Gerichtsstände des Erfüllungs- und Vertragsortes finden sich in der Liste nicht[6]). Gegenüber den Be-

---

[1]) Vgl. die Botschaft des Bundesrates, BBl 1868 *3* 433 ff., insbesondere 440 ff.

[2]) Bezüglich der Art. 8 und 10, die über den Rahmen der reinen Vollstreckungshilfe hinausgehen, vgl. die bundesrätliche Botschaft, BBl 1933 *1* 233 ff., insbesondere 234, 241 f.; Cattaneo 76 f.

[3]) Vollstreckungsvoraussetzung ist, wie gewohnt, nicht die «konkrete», sondern die «abstrakte» Zuständigkeit, d. h. die Gerichtsbarkeit des Urteilsstaates. («Die Zuständigkeit der Gerichte des Staates, in dem die Entscheidung gefällt wurde, ist... begründet, wenn...».)

[4]) Voran steht der Hinweis auf die Zuständigkeitsbestimmungen anderer Staatsverträge zwischen den beiden Ländern. Vgl. deren Zusammenstellung bei Liechti 36 f., ferner BGE *65* I 127, wo die Wirksamkeit einer Prorogation gegenüber dem in Art. 17 Abs. 3 und 4 des Niederlassungs- und Konsularvertrages vorgesehenen Gerichtsstand für Erbstreitigkeiten anerkannt ist.

[5]) Sie beziehen sich allerdings nicht nur auf «persönliche Ansprachen gegen den aufrechtstehenden Schuldner», sondern allgemein auf Urteile in Zivilsachen.

[6]) Intern hat Italien sie auch in seinem neuen Zivilprozessgesetz beibehalten, vgl. Art. 20 C pr c it.

stimmungen Nrn. 1—4 bleibt vorbehalten, dass sie nicht zur Anwendung gelangen, falls nach dem Recht des ersuchten Staates dessen eigene Gerichte oder diejenigen eines dritten Staates ausschliesslich zuständig sind[1]). Subsidiär, d. h. wenn keiner der in Art. 2 aufgeführten Zuständigkeitsgründe vorliegt und auch der Vorbehalt einer ausschliesslichen Kompetenz nicht zutrifft, verfügt Art. 1, dass die Zuständigkeit des Urteilsstaates anzuerkennen sei, wenn sie nach den im Vollstreckungsstaate geltenden Grundsätzen über die internationale Abgrenzung der Gerichtszuständigkeit gegeben ist[2]). Das Abkommen kombiniert somit in origineller Art das «positive» und das «negative» System[3]).

II. Die auf Prorogation beruhende Zuständigkeit.

1. Italien wacht darüber, dass es die Gerichtsbarkeit über seine Staatsangehörigen wo immer möglich selber ausüben kann. Seit längerer Zeit haben sich seine Gerichte gegen Zuständigkeitsvereinbarungen ausgesprochen, durch welche die Gerichtsbarkeit Italiens über Italiener ausgeschlossen und diejenige eines andern Staates begründet wird[4]). Wie nicht anders zu erwarten, hat der neue Codice di procedura civile[5]), als «riforma sulla linea della grande tradizione italiana e secondo i principi dello Stato fascista e corporativo», diese Praxis in aller Form sanktioniert. Art. 2 bestimmt:

«Inderogabilità convenzionale della giurisdizione.

La giurisdizione italiana non può essere convenzionalmente derogata a favore di una giurisdizione straniera, ni di arbitri che pronuncino all' estero, salvo che si tratti di causa relativa ad obbligazioni tra stranieri o tra uno straniero e un cittadino non residente nè domiciliato nel Regno e la deroga risulti da atto scritto.»

---

[1]) Art. 2 Abs. 2.

[2]) Botschaft 235.

[3]) Probst 64.

[4]) Vgl. die Zusammenstellung der Praxis bei Berliner 28. C pr c it 1865, Art. 69, 95.

[5]) Vom 28. Oktober 1940, in Kraft getreten am 21. April 1942.

Trotz dieser *prorogationsfeindlichen Einstellung* Italiens ist die Prorogation als Zuständigkeitsgrund in das schweizerisch-italienische Vollstreckungsabkommen aufgenommen worden. Die Hauptgründe für diese Konzession unseres Nachbarstaates werden in der bundesrätlichen Botschaft[1]) erwähnt. Einmal haben sich Gerichtsstandsklauseln im internationalen Handelsverkehr eingebürgert und spielen dort eine wichtige Rolle. Zum andern wird der Gerichtsstand der Prorogation (begründet durch Vereinbarung der Parteien oder durch Einlassung des Beklagten auf den Rechtsstreit) häufig mit dem forum contractus oder dem forum executionis zusammenfallen, so dass auf diesem Umweg die oben besprochenen Prinzipien des italienischen Rechtes in einem gewissen Umfang doch zur effektiven Anerkennung gelangen. Man wird nicht fehlgehen mit der Annahme, dass gerade dank des Prorogationsgerichtsstandes die Einigung über die schwierigen Fragen der Zuständigkeit wesentlich erleichtert worden ist.

2. Gemäss Art. 2 Ziff. 2 des Abkommens wird die Zuständigkeit der Gerichte des Urteilsstaates anerkannt,

«wenn der Beklagte durch eine ausdrückliche *Vereinbarung* sich mit Bezug auf bestimmte Streitigkeiten der Zuständigkeit des Gerichts unterworfen hatte, das die Entscheidung gefällt hat, es sei denn, dass sämtliche Parteien ihren Wohnsitz in dem Staate hatten, in dem die Entscheidung geltend gemacht wird.

Dasselbe gilt, wenn der Beklagte sich vorbehaltlos auf den Rechtsstreit eingelassen hat.»

Die Bestimmung ist der entsprechenden Vorschrift des Abkommens mit Deutschland ähnlich, enthält aber gegenüber jener gewisse *Einschränkungen* in der Zulassung der Prorogation. Den italienischen Bedenken gegen die Abgabe der Gerichtsbarkeit ist insofern Rechnung getragen worden, als das Verhalten der Parteien keine Zuständigkeit im Sinne des Abkommens begründen kann, wenn beide Parteien im Voll-

[1]) 237.

streckungsstaate wohnen[1]). Ferner wird ausdrücklich hervorgehoben, dass die Gerichtsstandsvereinbarung sich nur auf «bestimmte Streitigkeiten» beziehen darf. Das will nun zwar nicht besagen, die Streitigkeit müsse jeweilen im Augenblick des Abschlusses der Vereinbarung bereits aktuell geworden sein, wohl aber wird man es mit dem Kriterium der Voraussehbarkeit etwas strenger als üblich zu nehmen haben. Eine generelle Prorogation bezüglich aller aus einer Geschäftsverbindung zwischen zwei Kaufleuten entstehenden Differenzen dürfte mit dem Text des Abkommens nicht vereinbar sein. Praktisch wird es sich immer darum handeln, dass ein Gerichtsstand für Streitigkeiten aus einem bestimmten Vertrag erwählt wird.

Was das Erfordernis der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit des angerufenen Gerichtes betrifft, kann auf die Praxis zum Abkommen mit Deutschland verwiesen werden[2]). Dasselbe gilt bezüglich der «Vorbehaltlosigkeit» der Einlassung[3]).

Gemäss dem zitierten Art. 2 des neuen Codice di procedura civile lässt Italien nicht zu, dass seine Gerichtsbarkeit durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werde, sofern die eine Partei italienischer Nationalität ist und in Italien wohnt. Könnte nun Italien, gestützt auf Art. 2 Abs. 2 des Abkommens, in allen diesen Fällen geltend machen, seine eigenen Gerichte seien ausschliesslich zuständig, weshalb schweizerische, mit der genannten italienischen Vorschrift nicht in Einklang stehende Urteile in Italien nicht vollstreckt würden? Eine solche Auslegung des Vollstreckungsabkommens wäre wohl widersinnig. Sie wird denn auch, wenn Art. 2 noch Zweifel offen lassen sollte, durch Art. 15 ausgeschlossen, der vorschreibt, die Bestimmungen des Staatsvertrages seien ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der Parteien anzuwenden. Hingegen kann sich der schweizerische Kauf-

[1]) Botschaft 237.
[2]) Siehe oben 104 f.; BGE *59*[1] 232.
[3]) 106; BGE *60*[1] 132.

mann, der mit dem italienischen Gegenkontrahenten einen als ausschliesslich gedachten Gerichtsstand in der Schweiz vereinbart, wohl nicht unbedingt darauf verlassen, dass der Italiener gegebenen Falles in der Schweiz klagen wird. Man wird jedenfalls nicht als sicher annehmen dürfen, die italienischen Gerichte würden eine z. B. am Erfüllungsort eingereichte Klage der italienischen Partei zurückweisen, denn im Erkenntnisverfahren sind sie nicht an das Vollstreckungsabkommen, sondern einzig an ihre Zivilprozessordnung gebunden. Dass die schweizerischen Behörden dem Urteil die Vollstreckbarkeit versagen werden, kann nur dann ein Trost sein, wenn der Schweizer in Italien kein Vermögen besitzt.

Aus der Praxis zum Vollstreckungsabkommen ist mir nur ein bundesgerichtliches Urteil bekannt, in dem der Zuständigkeitsgrund der Prorogation eine Rolle spielt[1]). Handelnd von der Einlassung auf den Rechtsstreit, wiederholt es durchwegs Grundsätze, die in der Rechtsprechung zu Art. 59 BV und zum schweizerisch-deutschen Vollstreckungsabkommen entwickelt wurden. Der Beklagte, der in aller Form die Unzuständigkeitseinrede erhoben hatte, wurde damit durch Vorentscheid des italienischen Richters abgewiesen. Er verhandelte in der Folge, ohne Weiterziehung der Kompetenzfrage an die obere Instanz und ohne sonstige Vorbehalte, zu dem vom Kläger geltend gemachten Anspruch. Das Bundesgericht lässt sein Verhalten nicht als vorbehaltlose Einlassung gelten. Mit der Erhebung der Unzuständigkeitseinrede hat der Beklagte zur Genüge dokumentiert, dass er den Richter nicht anerkenne. Eine Weiterziehung des Vorentscheides wäre nach dem italienischen Recht aussichtslos gewesen. Dass er sich in der Folge gegen die klägerischen Rechtsbegehren wehrte, darf ihm nicht als nachträgliche Anerkennung des Richters ausgelegt werden, sondern nur als berechtigte Wahrung seiner Interessen im Hinblick auf eine zu erwartende Urteilsvollstreckung in Italien. Für eine weiter-

[1]) BGE *61*[1] 356.

gehende Willensmeinung müssten schon besondere Anhaltspunkte geltend gemacht werden.

In der italienischen Praxis spielt Art. 2 Ziff. 2 des Abkommens insbesondere eine Rolle in den Fällen, wo für schweizerische Eheungültigkeits- oder Ehetrennungsurteile die Vollstreckung verlangt wird. Italien vollstreckt solche Urteile über italienische Staatsangehörige nur, wenn die Voraussetzungen von Art. 2 Ziff. 1 oder 2 des Staatsvertrages erfüllt sind. Ehescheidungsurteile über Italiener werden dagegen in Italien überhaupt nicht anerkannt[1]).

§ 11.

Im Abkommen mit Schweden.

I. Die Ordnung der Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung.

Der letzte in der Reihe der Vollstreckungsverträge ist das Abkommen zwischen der Schweiz und Schweden über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen, vom 15. Januar 1936. Es lehnt sich stark an die in den §§ 8—10 besprochenen Verträge an, zeigt jedoch auch den Einfluss des Nordischen Vollstreckungsabkommens vom 16. März 1932, dem als Vertragsstaaten Dänemark, Finnland, Island, Norwegen und Schweden angehören[2]).

Was die Ordnung der Zuständigkeit als Vollstreckungsvoraussetzung anbelangt — das Erkenntnisverfahren bleibt durch die staatsvertraglichen Bestimmungen wiederum unbeeinflusst —, ist dem Abkommen eigentümlich, dass es einen abschliessenden Katalog[3]) von Zuständigkeitsgründen aufstellt, ohne in einer allgemeinen Klausel die Fälle vorzu-

---

[1]) Verwaltungsentscheide, Heft 12 (1938) Nrn. 55 und 56.

[2]) Storck 4.

[3]) Über einen eventuellen Vorbehalt bezüglich des forum rei sitae, das in der Aufzählung nicht genannt ist, vgl. Storck 46.

behalten, in denen nach dem Rechte des Vollstreckungsstaates diesem selber oder einem dritten Staat die ausschliessliche Gerichtsbarkeit zukommt [1]). Ist mithin nach dem Staatsvertrag ein Zuständigkeitsgrund gegeben, so darf nicht untersucht werden, ob das Recht des Vollstreckungsstaates der Gerichtsbarkeit des Urteilsstaates gewogen ist oder nicht.

Nur die Gerichtsbarkeit des Urteilsstaates («Zuständigkeit der Gerichte des Staates, in dem die Entscheidung gefällt wurde»), nicht die konkrete Zuständigkeit des urteilenden Gerichts ist Vollstreckungsvoraussetzung.

Die in Art. 5 enthaltene Liste der Zuständigkeitsgründe umfasst 8 Ziffern, von denen die ersten 5 im allgemeinen den Grundsätzen entsprechen, welche die bundesgerichtliche Praxis zu Art. 59 BV formuliert hat [2]). Eine besondere Ordnung bleibt für die personen-, familien- und erbrechtlichen Streitigkeiten vorbehalten; in diesen Sachen ist die Gerichtsbarkeit des Urteilsstaates anzuerkennen, «wenn unter analogen Verhältnissen ein Gericht des Staates, wo die Entscheidung geltend gemacht wird, zuständig wäre» [3]). Ist keiner der Zuständigkeitsgründe des Art. 5 erfüllt, so fällt die Entscheidung nicht unter die staatsvertragliche Anerkennungs- und Vollstreckungspflicht [4]).

II. Die auf Prorogation beruhende Zuständigkeit.

1. Nach schwedischem Recht kann durch *ausdrückliche Vereinbarung* der Parteien *keine* Zuständigkeit begründet werden. Eine Ausnahme, welche die Schweiz jedenfalls vorläufig kaum berühren wird, gilt in Seerechtssachen [5]).

Trotzdem hat der Zuständigkeitsgrund der Parteivereinbarung im Vollstreckungsabkommen Aufnahme gefunden.

---

[1]) Damit soll die vollständige Gegenseitigkeit in der Urteilsvollstreckung gewährleistet werden. Storck 29.

[2]) Botschaft des Bundesrates, BBl 1936 *1* 681 ff., insbesondere 682.

[3]) Art. 5 letztes Alinea.

[4]) Botschaft 682.

[5]) Wrede 85; Berliner 30; Storck 35.

Nach Art. 5 Ziff. 2 ist die Gerichtsbarkeit des Urteilsstaates begründet, «wenn der Beklagte sich durch ausdrückliche Vereinbarung der Zuständigkeit des Gerichts unterworfen hatte, das die Entscheidung gefällt hat.»

Die völlige *Übereinstimmung* mit dem entsprechenden Passus im *Abkommen mit Deutschland* springt in die Augen. Es ist gegeben, dieselben Auslegungsgrundsätze wie dort zur Anwendung zu bringen. Somit genügt an dieser Stelle der allgemeine Hinweis auf die Seiten 100 ff. [1]).

Wegen der ablehnenden Haltung des schwedischen Zivilprozessrechts wird der Zuständigkeitsgrund der Vereinbarung für die Vollstreckung schwedischer Urteile in der Schweiz kaum Bedeutung erlangen. Immerhin sind Anwendungsfälle denkbar. Es ist möglich, dass sich die Parteien auf einen Gerichtsstand geeinigt haben, der wohl nach schwedischem Recht begründet ist (z. B. als forum connexitatis) [2]), jedoch nach dem Vollstreckungsabkommen als solcher nicht anerkannt wird. Das schwedische Gericht urteilt dann gestützt auf die Zuständigkeitsvorschriften des schwedischen Rechts, die Vollstreckung jedoch wird mit Rücksicht auf die Parteivereinbarung gewährt [3]). — Schweden hat das Urteil eines schweizerischen Gerichts, dessen Zuständigkeit aus einem Prorogationsvertrag hergeleitet wird, ohne Rücksicht auf seine interne Zuständigkeitsordnung zu vollstrecken.

Wie im Verhältnis zu Italien, so ist auch gegenüber Schweden kein unbedingter Verlass auf die Vereinbarung eines Gerichtsstandes in der Schweiz, auch wenn ihn die Parteien beim Vertragsschluss als ausschliesslich betrachten. Tritt der schwedische Vertragspartner als Kläger auf und besitzt der Schweizer Vermögen in Schweden, so wird die Klage möglicherweise trotz der Abrede in Schweden eingereicht werden, und es ist zu befürchten, dass sich das Gericht gestützt auf sein Prozessrecht zuständig erklärt.

---

[1]) Vgl. Storck 33 ff.
[2]) Wrede 80.
[3]) Storck 35.

2. Die Zuständigkeit der Gerichte des Urteilsstaates ist im Vollstreckungsstaat anzuerkennen, «wenn der Beklagte sich *vorbehaltlos auf den Rechtsstreit eingelassen* hat»[1]).

Auch hier ist Übereinstimmung mit dem schweizerisch-deutschen Abkommen festzustellen, weshalb auf die bezüglichen Erörterungen in § 9 (105 ff.) verwiesen werden kann. Storck[2]) meint, ein Vorbehalt des Beklagten, wonach dieser sich nur der Vollstreckung des Urteils im andern Staat zu widersetzen gedenkt, brauche nicht gegenüber dem Gericht selber erhoben zu werden; es genüge zur Abwendung der Einlassungsfolge im Sinne des Vollstreckungsabkommens, wenn ein solcher Vorbehalt der Gegenpartei direkt auf schriftlichem Wege zur Kenntnis gebracht werde. Damit ist offenbar auf die frühere bundesgerichtliche Praxis zu Art. 59 BV angespielt. Allein das Bundesgericht selber versteht heute unter «vorbehaltloser Einlassung» nur noch eine Willenskundgebung des Beklagten gegenüber dem Gericht; es würde wohl kaum den Art. 5 des Abkommens mit Schweden anders auslegen[3]).

Der Zuständigkeitsgrund der Einlassung könnte für die Vollstreckung schwedischer Urteile in der Schweiz eine erhebliche Rolle spielen. Es ist jedoch denkbar, dass die Schweiz gelegentlich die schwedische Gerichtsbarkeit nicht anerkennen wird, trotzdem das urteilende Gericht nach seinem Prozessrecht durch Einlassung des Beklagten zuständig geworden ist. In Schweden wird die Frage der örtlichen Zuständigkeit vom Gericht in der Regel nicht ex officio, sondern nur auf Grund einer Einrede geprüft. Diese soll vom Beklagten im ersten Termin, falls er anwesend ist, vorgebracht werden. Ist er beim erstinstanzlichen Gericht nicht erschienen, so kann er, aber nur wenn sein Ausbleiben durch ein vom Gesetz anerkanntes Hindernis veranlasst war, die Einrede noch vor

---

[1]) Art. 5 Ziff. 3 des Abkommens.
[2]) 37.
[3]) BGE *68*[1] 162.

der obern Instanz erheben. Sofern er die Unzuständigkeit nicht in dieser Weise geltend macht, beispielsweise sich völlig passiv verhält, wird das vom Kläger angerufene Gericht zuständig[1]). Der schwedische Einlassungsbegriff beruht somit auf dem *Präklusionsprinzip*, während der Staatsvertrag, der im Verfahren der Vollstreckbarerklärung allein massgebend ist, unter Einlassung auf den Rechtsstreit die vorbehaltlose Verhandlung zur Hauptsache versteht.

[1]) Wrede 85.